Die Auswirkungen der im Aktiengesetz enthaltenen materiellen Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen auf Prozeßvergleich, Klaganerkenntnis und Klageverzicht

Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur von Klaganerkenntnis und Klageverzicht

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Bernd Thomas
aus Wilhelmshaven

Göttingen 1974

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41534922_0014

Meinen Eltern

Die Auswirkungen der im Aktiengesetz enthaltenen materiellen Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen auf Prozeßvergleich, Klaganerkenntnis und Klageverzicht

Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur von Klaganerkenntnis und Klageverzicht

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von
Bernd Thomas
aus Wilhelmshaven

Göttingen 1974

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter : Prof. Dr. Wolfram Henckel
Mitberichterstatter : Prof. Dr. Uwe Diederichsen
Tag der mündlichen Prüfung: 5. Juli 1974

G L I E D E R U N G

	Seite
TEIL A: EINLEITUNG	1
I. Überblick über die Aufgabenstellung und den Gang der Untersuchung	1
II. Die einschlägigen Vorschriften des AktG	2
TEIL B: MATERIELLRECHTLICHE UNTERSUCHUNG	4
I. Die § 5o-Gruppe	4
1. Die materiellrechtliche Regelung dieser Vorschriften	4
2. Die materiellrechtlichen Konsequenzen	6
a) Nichtbeachtung der Sperrfrist	6
aa) Die Meinung in der Literatur zum AktG	6
bb) Beschränkung der Parteidisposition oder Verbotsgesetz?	8
cc) Zwischenergebnis: Unwirksamkeit	14
b) Verstoß gegen das Zustimmungserfordernis	15
aa) Die Meinungen in der Literatur zum AktG	15
bb) Sinn und Zweck der Vorschrift	16
cc) Zwischenergebnis: schwebende Unwirksamkeit	18
c) Handeln gegen den Widerspruch der Minderheit	2o
aa) Keine schwebende Unwirksamkeit	2o
bb) Merkmale der Minderheitsrechte	2o
cc) Für und Wider der Minderheitsrechte	22
dd) Zwischenergebnis: Unwirksamkeit	26
d) Ergebnis	27
e) Umgehungsgeschäfte	28

Seite

aa) Abtretung 29
bb) Annahme an Erfüllungs Statt 3o
cc) Stundung 3o
dd) Die volle Durchsetzung des Anspruchs im Wege des Vergleichs 31

f) Verjährung 33

II. § 66 Absatz 1 Satz 1 34

1. Die materiellrechtliche Regelung dieser Vorschrift 34

2. Die materiellrechtlichen Konsequenzen 38

III. Die Gruppe "§ 93 Absatz 5 Satz 3" 4o

1. Die materiellrechtliche Regelung dieser Vorschriften 4o

2. Die materiellrechtlichen Konsequenzen 42

IV. Die Gruppe "§ 128 Abs. 4" 47

1. Die materiellrechtliche Regelung 47
a) § 128 Abs. 4 47
b) § 135 Abs. 11 49
c) § 168 Abs. 4 5o

2. Die materiellrechtlichen Konsequenzen 54
a) § 128 Abs. 4 54
b) § 135 Abs. 11 56
c) § 168 Abs. 4 56

3. Ergebnis 57

V. Zusammenfassung 58

Seite

TEIL C: DIE PROZESSRECHTLICHE PROBLEMATIK 59

I. Prozeßvergleich, Klageverzicht und Klaganerkenntnis als Projektion des materiellrechtlichen Vergleichs und Erlaßvertrages in das Prozeßrecht 59

1. Der Prozeßvergleich 59

2. Der Klageverzicht 64

3. Das Klaganerkenntnis 65

a) Das Klaganerkenntnis als "umgekehrte Parallele" zum Klageverzicht 65

b) Fehlendes Feststellungsinteresse bei Klaganerkenntnis? 66

II. Die prozessualen Auswirkungen materiellrechtlicher Mängel 71

1. Die Auswirkungen beim Prozeßvergleich 71

a) Die Theorien zur Natur des Prozeßvergleichs 72

aa) Die Theorie des privatrechtlichen Vertrages 72
bb) Die prozessuale Theorie 73
cc) Die Lehre von der Doppelnatur 74

b) Die induktive Methode 75

c) Eigene Stellungnahme 77

d) Konkrete Folgerungen aus dem Verhältnis zwischen materiellrechtlicher und prozessualer Seite des Prozeßvergleichs 88

aa) Unwirksamkeit 88

α) Ablehnung sowohl bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot als auch bei Verweigerung einer notwendigen Zustimmung 88

β) Keine Ablehnung bei Nachgeben der AG, das sich nicht auf die Hauptsache bezieht 91

Seite

γ) Sonderfälle 93

αα) Nachgeben hinsichtlich noch nicht erhobener materiellrechtlicher Ansprüche 93

ββ) Umgehung materiellrechtlicher Vergleichsbeschränkungen durch Vereinbarungen über die Kostentragung 95

γγ) Die Auswirkung des § 147 AktG 97

bb) Schwebende Unwirksamkeit 1oo

cc) Relative Unwirksamkeit 1o3

2. Die Auswirkungen bei Klageverzicht und Klaganerkenntnis 1o4

a) Die herrschende Lehre: Theorie der Prozeßhandlung 1o5

b) Die Tendenz in der Rechtsprechung 1o7

c) Übernahme materiellrechtlicher Unwirksamkeitsgründe in die prozessuale Betrachtungsweise durch die herrschende Lehre 112

aa) Das Klagebegehren, das auf einen unsittlichen oder gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Erfolg gerichtet ist 112

bb) Ansprüche aus einem wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtigen Grundgeschäft 114

cc) Die materiellrechtliche Genehmigungspflicht 117

dd) Die Formvorschriften des materiellen Rechts 123

ee) Resümee 125

d) Nachprüfung der Theorie der reinen Prozeßhandlung an der Aufgabenteilung zwischen Parteien und Richter bei der Rechtsfindung 131

aa) Dispositions- und Verhandlungsmaxime 133

α) Der Unterschied zwischen beiden Prinzipien 133

β) Ihre gemeinsame Wurzel 135

γ) Gibt die Dispositionsmaxime den Parteien das Recht, ein Urteil ganz bestimmten Inhalts zu erwirken? 138

δ) Gibt die Verhandlungsmaxime den Parteien dieses Recht? 144

Seite

bb) Sonstige prozessuale Normen und Grundsätze 153

α) Beweislast 154
β) Verspätetes Vorbringen 155
γ) Versäumnisurteil 157

cc) Zusammenfassung 163
dd) Exkurs: Die Ausschaltungsbefugnis 164
ee) Ergebnis: Doppelnatur von Klaganerkenntnis und -verzicht 168

e) Widerlegung der für die Theorie der Prozeßhandlung angeführten Argumente 171

aa) Die formalen Voraussetzungen seien vom Prozeßrecht geregelt 172
bb) Anerkenntnis und Verzicht entsprächen der wahren Rechtslage 173
cc) Ein materiellrechtliches Anerkenntnis entspreche nicht dem Parteiwillen, weil dieses mit der eingeklagten Forderung rechtlich nichts zu tun habe 175
dd) Nach der Doppelnatur folgten möglicherweise zwei Schuldanerkenntnisse aufeinander 178
ee) Die Theorie der Doppelnatur führe zu einer Klageänderung 181
ff) Nach der Doppelnatur müßte Annahme durch die Gegenpartei gefordert werden 187
gg) Anerkenntnis und Verzicht könnten sich auch auf absolute Rechte und auf Feststellung von Tatsachen beziehen 194
hh) Im Vermögensprozeß sei die prozessuale Dispositionsmöglichkeit von der materiellrechtlichen nicht abhängig 204
ii) Resümee 212

f) Einzelargumente für die Theorie der Doppelnatur 213

g) Konkrete Folgerungen aus der Doppelnatur von Klaganerkenntnis und Klageverzicht 220

aa) Unwirksamkeit 222
bb) Schwebende Unwirksamkeit 223
cc) Relative Unwirksamkeit 224

Seite

III. Anhang: Einschränkung rein prozessual zu beurteilender Parteihandlungen? 224

1. Unvollständiger oder verfälschter Sachvortrag 226

a) Handeln des Vorstands für die AG 229

b) Handeln des Vormunds für das Mündel 231

c) Handeln der Parteien in eigenen Angelegenheiten 233

2. Ausbleiben im Termin oder verspätetes Vorbringen 236

a) Handeln des Vorstands für die AG 236

b) Handeln des Vormunds für das Mündel 238

c) Handeln der Parteien in eigenen Angelegenheiten 239

TEIL D: SCHLUSS 241

LITERATURVERZEICHNIS 245

A B K Ü R Z U N G E N

AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz vom 6. September 1965
AktG 1937	Aktiengesetz vom 3o. Januar 1937
Begr.	Begründung
BuTDruckS	Bundestagsdrucksache
EheG	Ehegesetz vom 2o. Februar 1946
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 2o. April 1892
RBeratG	Rechtsberatungsgesetz vom 13. Dezember 1935
RegEntw	Regierungsentwurf
S.	Seite

Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des AktG

TEIL A: E I N L E I T U N G

I. Überblick über die Aufgabenstellung und den Gang der Untersuchung

Das AktG[1] enthält eine Vielzahl von Vorschriften, die - direkt oder indirekt - die Möglichkeit eines materiellen Verzichts oder/und eines Vergleichs einschränken. Aufgabe der vorliegenden Arbeit wird es sein, zunächst einmal klarzustellen, welche materiellrechtlichen Regelungen die einzelnen Vorschriften treffen[2] und welche materiellrechtlichen Folgen sich daraus ergeben (Teil B). Daran anschließend soll untersucht werden, welche Konsequenzen sich daraus im Prozeß hinsichtlich Prozeßvergleich, Klaganerkenntnis und Klageverzicht ergeben (Teil C). Dabei werden die Einzelergebnisse weitgehend von der Antwort auf die Frage abhängen, welche rechtliche Natur Prozeßvergleich, Klaganerkenntnis und Klageverzicht haben.

Die Besonderheit der zur Untersuchung anstehenden Fälle - es besteht fast immer eine gewisse Gefahr, daß die Parteien oder die, die für sie als Vertreter den Prozeß führen, zum Schaden Dritter kolludieren - erfordert es, die Problematik neu zu durchdenken. Es schieben sich bei diesen gewissermaßen "pathologischen" Fällen Aspekte in den Vordergrund, die gemeinhin bei der Erörterung der Rechtsnatur der genannten Parteihandlungen nicht genügend berücksichtigt werden, so daß zu überprüfen sein wird, welche der vertretenen Meinungen auch der speziellen Problematik der hier

1 Sofern keine Jahreszahl angegeben ist, handelt es sich um das AktG v. 6. Sept. 1965.
2 Das geht nicht in jedem Fall klar und eindeutig aus ihrem Wortlaut hervor.

zu untersuchenden Fallgestaltungen gerecht wird. Dabei müssen es sich die zur Auswahl stehenden Theorien gefallen lassen, daß die Brauchbarkeit ihrer Auffassung auch an Sonderfällen gemessen wird, denn eine Theorie, die allgemeine Geltung beansprucht, darf auch und gerade bei der Lösung besonderer Fallgestaltungen nicht versagen.

II. Die einschlägigen Vorschriften des AktG

Die Vielzahl der im AktG enthaltenen Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen wird überschaubar, wenn man sich auf die Vorschriften konzentriert, die nicht lediglich Verweisungen darstellen, sondern eine selbständige Regelung enthalten. Zudem lassen sich diese Vorschriften wegen Gleichartigkeit oder zumindest Ähnlichkeit der getroffenen Regelungen teilweise in Gruppen zusammenfassen. Das erlaubt bis zu einem gewissen Grade ihre gemeinsame Abhandlung. Eine Durchsicht der in Frage kommenden Vorschriften ergibt die folgende Einteilung.

Die erste Gruppe[1] wird gebildet von § 5o und den Vorschriften, die damit inhaltlich übereinstimmen; es sind dies die §§ 93 Abs. 4, 3o2 Abs. 3, 3o9 Abs. 3[2].

Die zweite Gruppe besteht lediglich aus der Vorschrift des § 66 Abs. 1.

---

1 Die Reihenfolge der Gruppen ist an der Paragraphenzählung des AktG orientiert in der Weise, daß jeweils der erste zu einer Gruppe gehörige Paragraph für die Rangordnung der Gruppe maßgebend ist.

2 Auf diese Vorschriften wird verwiesen in §§ 53, 116, 117 Abs. 4, 31o Abs. 4, 317 Abs. 4, 318 Abs. 4, 323 Abs. 1, 362 Abs. 4, 378 Abs. 1, 385 Abs. 2, 385 g, 385 m Abs. 5, 389 Abs. 4, 393 Abs. 2. Vorschriften, die pauschal auf ganze Abschnitte des AktG verweisen, wie z.B. § 94 oder § 278 Abs. 3, bleiben außer Betracht.

Zur dritten Gruppe gehören die folgenden Vorschriften: § 93 Abs. 5 Satz 3, § 117 Abs. 5 Satz 2, § 3o9 Abs. 4 Satz 4[1].

In der vierten Gruppe sind zusammengefaßt die Regelungen der §§ 128 Abs. 4, 135 Abs. 11, 168 Abs. 4[2].

Auf die vorstehenden Vorschriften kann sich also die rechtliche Untersuchung beschränken, denn für Verweisungen gilt grundsätzlich das gleiche wie für die Vorschriften, auf die verwiesen wird.

---

1 Auf diese Vorschriften wird verwiesen in §§ 48 Satz 2, 116, 31o Abs. 4, 317 Abs. 4, 318 Abs. 4, 323 Abs. 1.

2 Auf diese Vorschriften wird verwiesen in §§ 49, 53, 128 Abs. 5, 144, 2o6, 2o9 Abs. 4, 258 Abs. 5, 336 Abs. 8, 362 Abs. 4, 378 Abs. 1, 385 Abs. 2, 385 g, 385 m Abs. 5, 389 Abs. 4, 393 Abs. 2.

TEIL B: MATERIELLRECHTLICHE UNTERSUCHUNG

I. Die § 5o-Gruppe

1. Die materiellrechtliche Regelung dieser Vorschriften

Die Regelungen, die §§ 5o, 93 Abs. 4, 3o2 Abs. 3 und 3o9 Abs. 3 treffen, gehen übereinstimmend dahin, daß Verzichte und Vergleiche - beide Vertragstypen werden in jeder Vorschrift expressis verbis angesprochen - über bestimmte, im einzelnen näher bezeichnete Ersatzansprüche nur unter genau festgelegten Voraussetzungen von der Gesellschaft vorgenommen werden können.

Das Schema, in dem die für die Untersuchung relevanten Bestandteile der Vorschriften angeordnet sind, sieht für §§ 5o, 93 Abs. 4, 3o9 Abs. 3 folgendermaßen aus: "Die Gesellschaft kam erst drei Jahre nach ... und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten oder sich über sie vergleichen, wenn ... zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des ... Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt. Die zeitliche Beschränkung gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht."

Lediglich in § 3o2 Abs. 3 ist der Aufbau insofern ein anderer, als die Ausnahme von der zeitlichen Sperre bei Zahlungsunfähigkeit des Ersatzpflichtigen unmittelbar an die zeitliche Beschränkung angeschlossen wird; erst dann folgt in einem neuen Satz das Erfordernis der Zustimmung und des unterbliebenen Widerspruchs der Minderheit. Einen inhaltlichen Unterschied in der Regelung bedeutet das jedoch nicht; nach allen

vier Vorschriften muß in jedem Fall - d.h. auch bei Zahlungsunfähigkeit des Ersatzpflichtigen - die Zustimmung vorliegen und darf kein Widerspruch erhoben worden sein. Während dieses bei §§ 5o, 93 Abs. 4, 3o9 Abs. 3 ausdrücklich aus dem Wortlaut hervorgeht, ergibt es sich bei § 3o2 Abs. 3 aus der Reihenfolge der Sätze; dadurch, daß die Zustimmung erst in Satz 3, dem letzten Satz des Absatzes, gefordert wird, ist klargestellt, daß sich dieses Erfordernis auch auf den Satz 2 bezieht, der von der Zahlungsunfähigkeit des Ersatzpflichtigen handelt.

Bei den angesprochenen Voraussetzungen handelt es sich demnach zunächst einmal um eine zeitliche Sperre. Es müssen von einem bestimmten Ereignis ab drei Jahre vergangen sein. Diese zeitliche Beschränkung gilt nur dann nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht.

Zweitens wird der Verzicht oder Vergleich nur wirksam, wenn eine bestimmte Personengruppe - sei es die Hauptversammlung (§§ 5o, 93 Abs. 4), seien es die außenstehenden Aktionäre[1] (§§ 3o2 Abs. 3, 3o9 Abs. 3) - zustimmt[2].

Drittens darf nicht eine Minderheit zur Niederschrift

---

1 Zum Begriff siehe Gessler, Anm. 4 zu §§ 295-298; Petzel, Seite 25.

2 Die außenstehenden Aktionäre müssen durch mit einfacher Mehrheit gefaßten Sonderbeschluß zustimmen. Daneben ist ein Hauptversammlungsbeschluß nicht erforderlich. Das Gegenteil kann man nicht etwa aus der Bezeichnung "Sonder"beschluß entnehmen, da jeder Beschluß, bei dem nur ein Teil der Aktionäre stimmberechtigt ist, ein Sonderbeschluß - und kein Hauptversammlungsbeschluß - ist; vgl. Godin-Wilhelmi, § 3o9 Anm. 3; Baumbach-Hueck, § 3o2 Rdnr. 7.

Widerspruch erheben[1].

2. Die materiellrechtlichen Konsequenzen

Da das Gesetz verschiedene Voraussetzungen für den Abschluß eines Verzichts oder Vergleichs aufstellt, muß für jede dieser Voraussetzungen getrennt untersucht werden, welche materiellrechtlichen Folgen sich bei einem Zuwiderhandeln ergeben.

a) Nichtbeachtung der Sperrfrist

aa) Die Meinung in der Literatur zum AktG

In den Kommentaren zum AktG wird durchweg die Meinung vertreten, beim Abschluß eines Verzichts oder Vergleichs vor Ablauf von drei Jahren fehle dem Rechtsgeschäft die Wirksamkeit; es sei absolut unwirksam[2]. Diese Übereinstimmung zumindest im Ergebnis ändert sich auch dann kaum, wenn man die Kommentierungen zu den ent-

1 Bei der Minderheit handelt es sich in §§ 3o2 und 3o9 um eine solche, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des bei der Beschlußfassung "vertretenen" (so der Text dieser Vorschriften) Grundkapitals erreichen. Bei §§ 5o und 93 findet sich ein solcher Hinweis im Text nicht, so daß dort eine Minderheit gemeint ist, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des gesamten vorhandenen (nicht bloß des vertretenen) Grundkapitals erreichen;
vgl. Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 5o Rdnr. 19; Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 16; Schilling in Großkommentar zum AktG, § 93 Anm. 39.

2 Vgl. Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 5o Rdnr. 3; Baumbach-Hueck, § 5o Rdnr. 4; Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 3; Godin-Wilhelmi, § 5o Anm. 2 sowie § 93 Anm. 25.

sprechenden Vorschriften des AktG 1937 und dem dritten Abschnitt des zweiten Buchs des HGB aus der Zeit vor 1937 hinzuzieht. Auch hier geht die eindeutig herrschende Ansicht dahin, daß Verzichte und Vergleiche nichtig sind, wenn sie vor Ablauf der vom Gesetz festgesetzten Sperrfrist geschlossen wurden[1], die bei den älteren Vorschriften allerdings 5 Jahre betrug[2]. Teichmann-Koehler[3] scheinen insofern eine andere Meinung zu vertreten, als sie in den Vergleichs- und Verzichtsbeschränkungen generell eine Beschränkung der Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters der AG sehen und somit schwebende Unwirksamkeit des Geschäfts in Frage käme. Es wird aber nicht deutlich, ob sich diese Aussage auch auf die zeitliche Sperre beziehen soll; dann wäre es nämlich ungenau, von einer Beschränkung der Vertretungsmacht des gesetzlichen V e r t r e t e r s zu sprechen, da auch die Gesellschaft selber - beispielsweise durch Hauptversammlungsbeschluß - nicht vor Ablauf der 5 Jahre verzichten oder sich vergleichen könnte. Da an anderer Stelle[4] gesagt wird, daß Vergleiche und Verzichte, die vor Ablauf der 5 Jahre geschlossen worden sind, der Unwirksamkeit verfallen, deutet das darauf hin, daß die Beschränkung der Vertretungsmacht sich nicht auch auf die zeitliche Sperre beziehen soll, obwohl das nicht eindeutig aus dem Wortlaut in Anm. 1 hervorgeht.

---

1 Vgl. Schlegelberger-Quassowski, § 84 Rdnr. 18 (§ 84 Abs. 4 AktG 1937 entsprach bis auf für die vorliegende Untersuchung unwesentliche Abweichungen dem § 93 Abs. 4 AktG);
Ritter, § 43 Anm. 2 (§ 43 AktG 1937 entsprach im wesentlichen dem heutigen § 5o AktG); Düringer-Hachenburg, § 2o5 Anm. 11 und 16 (§ 2o5 HGB war die dem § 5o AktG entsprechende Vorschrift); Staub-Pinner, § 2o5 Anm. 3.

2 Siehe §§ 43, 84 Abs. 4 AktG 1937; § 2o5 HGB.

3 A.a.O., § 43 Anm. 1.

4 Teichmann-Koehler, § 43 Anm. 2.

bb) Beschränkung der Parteidisposition oder Verbotsgesetz?

Die Frage, ob tatsächlich mit der herrschenden Ansicht Nichtigkeit angenommen werden muß, wäre leicht zu beantworten, wenn dabei lediglich auf den Wortlaut der betreffenden Vorschriften abgestellt zu werden brauchte. Alle vier Vorschriften enthalten sinngemäß die Formulierung "kann nicht". Es wird die Meinung vertreten, daß ein rechtliches "Nichtkönnen" eine Beschränkung der Parteidisposition bedeute, die zwangsläufig dazu führe, daß ein ohne diese Rechtsmacht vorgenommenes Rechtsgeschäft unverbindlich, also unwirksam sei[1]; eine Beurteilung nach § 134 BGB, die jeweils die Prüfung erforderte, ob sich nicht doch aus dem betreffenden Gesetz selbst ergebe , daß Unwirksamkeit nicht eintreten solle, erübrige sich daher[2].

Dieser Ansicht ist zuzugeben, daß rein sprachlich ein wesentlicher Bedeutungsunterschied besteht zwischen "nicht können" und "nicht dürfen". Ein "nicht können" bedeutet danach kein Verbot, und andererseits setzt ein "nicht dürfen" gerade die Möglichkeit voraus, daß man es eigentlich tun könnte. Allein, es bleibt fraglich, ob die Intention des Gesetzgebers in jedem Fall mit der rein sprachlichen Bedeutung übereingestimmt hat. Immerhin gibt es Beispiele, bei denen trotz der Wendung "kann nicht" das damit angesprochene Rechtsgeschäft gleichwohl vorgenommen werden kann und - nachdem es genehmigt worden ist - voll wirksam wird[3].

---

1 Vgl. Enneccerus-Nipperdey, I. Band, 2. Halbband, § 19o I 1 (S. 1153); Larenz AT, § 22 II (S. 357); Flume, Rechtsgeschäft, § 17, 2 (S. 343).

2 Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., S. 1153.

3 Wie z.B. im Fall des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB; vgl. dazu RGZ 119, 114, 116; Palandt-Heinrichs, § 181 Anm. 3; Staudinger-Coing, § 181 Rdnr. 17 - 17 d.

Offenbar hat der Gesetzgeber die sprachlichen Unterschiede nicht immer genügend berücksichtigt, so daß es verfehlt wäre, bei der Interpretation der in Frage stehenden Vorschriften allein auf die sprachliche Fassung abzustellen. Ein gutes Beispiel dafür liefert die Entstehungsgeschichte des § 66. In der entsprechenden Vorschrift des AktG 1937 hatte es geheißen: "Die Aktionäre und ihre Vormänner können von ihren Leistungspflichten ... nicht befreit werden, sie können gegen diese Pflichten eine Forderung an die Gesellschaft nicht aufrechnen."[1] Den gleichen Wortlaut hatte noch § 63 RegEntw.[2]. Vom Rechtsausschuß wurde dann aber die heutige Fassung des § 66 vorgeschlagen[3], die lautet: "Die Aktionäre und ihre Vormänner können von ihren Leistungspflichten ... nicht befreit werden. Gegen eine Forderung der Gesellschaft ... ist die Aufrechnung nicht zulässig." Mit dieser Neuformulierung war keine Bedeutungsänderung beabsichtigt; vielmehr waren sprachliche Gründe dafür maßgebend[4]. Daraus wird deutlich, daß es manchmal nur Zufall ist, welche Wendung gebraucht wird. Das spricht dagegen, in dieser Frage zu sehr auf geringe sprachliche Unterschiede abzustellen.

Zur Absicherung der herrschenden Meinung, die bei Nichtbeachtung der Sperrfrist Unwirksamkeit annimmt, sollen daher die vier in Frage stehenden Vorschriften noch anhand der in § 134 BGB getroffenen Regelung überprüft werden. Dabei sieht man sich vor die Schwierigkeit gestellt, daß diese Norm des BGB selbst keine

---

1 § 6o AktG 1937.
2 Siehe BuTDruckS IV/ 171.
3 Siehe BuTDruckS IV/3296 (unter § 63).
4 Siehe Bericht des Abgeordneten Dr. Wilhelmi (Anlage zu BuTDruckS IV/3296) zu § 63 RegEntw., wonach mit der Neufassung eine Anlehnung an die Formulierung in § 393 BGB erreicht werden sollte.

eindeutige Regelung darüber enthält, wann ein Rechtsgeschäft nichtig ist. Zu dem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot tritt als weitere Bedingung für den Eintritt der Unwirksamkeit hinzu, daß "sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt", womit § 134 BGB wieder auf die einzelnen Vorschriften zurückverweist. Ob sich aus dem jeweiligen Gesetz "ein anderes" ergibt, ist danach zu beurteilen, ob das Gesetz zum ordre public im weiten Sinne gehört, d.h. ob es Grundsätze enthält, die aus Gründen des gemeinen Wohls für die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen unverzichtbar sind und deshalb zwingendes Recht darstellen[1].

Die Rechtsprechung hat sich im Laufe der Zeit bemüht, bestimmte einzelne Kriterien herauszuarbeiten, anhand derer festzustellen sei, ob ein Rechtsgeschäft nach § 134 nichtig ist oder nicht. So ist z.B. gesagt worden, daß Verstöße gegen ein Verbotsgesetz dann nicht zur Unwirksamkeit führen, wenn sich das Verbot lediglich gegen bestimmte Umstände der Vornahme, nicht aber gegen die rechtliche Wirkung des Geschäfts, d.h. nicht gegen seinen Inhalt als solchen, richtet. Das bedeutet, um ein Beispiel zu nennen, daß ein Gastaufnahmevertrag, der nach Eintritt der Polizeistunde abgeschlossen wird, durchaus Rechtswirkungen entfaltet, da sich die Polizeistunde nicht gegen den Abschluß privatrechtlicher Verträge richtet[2]. Diese Abgrenzung ist sicherlich sachgerecht, wenngleich ihre richtige Handhabung trotz der scheinbar einleuchtenden Defini-

---

1 Soergel-Hefermehl, § 134 Rdnr. 2; vgl. auch RGZ 169, 24o, 245.

2 Vgl. RGZ 1o3, 263, 264/65; KG Recht 1922 Nr. 788; vgl. auch RGZ 6o, 273, 276 (Verkauf am Sonntag).

tion im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann[1].

Ein anderes von der Rechtsprechung aufgestelltes Kriterium steht teilweise im Zusammenhang mit dem vorgenannten und überschneidet sich u.U. mit ihm. Es ist das die Prüfung, ob sich die Verbotsvorschrift nur an einen der Vertragspartner oder aber gegen beide Seiten richtet. Im ersten Fall soll das Geschäft trotz des Verstoßes gegen das Verbot wirksam sein; im zweiten Fall soll Nichtigkeit eintreten[2]. Überschneidungen treten auf, wenn sich Ordnungsvorschriften nur an einen der beiden Beteiligten wenden und außerdem sich nicht gegen den Inhalt der Rechtsgeschäfte richten, wie es beispielsweise beim Ladenschlußgesetz der Fall ist[3].

Es hat sich jedoch in verschiedenen Fällen gezeigt, daß die im Einzelfall durchaus zutreffenden Kriterien nicht geeignet sind, generell zu befriedigenden Ergebnissen zu führen. So hat die Rspr. einen gegen Art. 1 § 1 RBeratG verstoßenden Geschäftsbesorgungsvertrag für nichtig gemäß § 134 BGB erklärt[4], obwohl sich das Verbot nur gegen die eine Vertragspartei, nämlich den Rechtsberater, richtet.

Es werden die genannten Kriterien daher nur noch als Anhaltspunkte betrachtet. Die Erkenntnis hat sich

---

1 So ist z.B. zweifelhaft, ob die in der Entscheidung OLG Köln, NJW 1961, 1023, 1024 ausgesprochene Ansicht richtig ist, daß ein Vertrag gültig sei, der sich auf ein Bauen ohne die erforderliche Erlaubnis bezieht; denn hier wird ja die Gesetzeswidrigkeit in den I n h a l t des Vertrages einbezogen. Das OLG rekurriert dann schließlich auch zur Verneinung der Unwirksamkeit auf Sinn und Zweck des § 367 Abs. 1 Nr. 15 StGB.

2 Vgl. beispielsweise RGZ 100, 237, 239 (Nichtigkeit, wenn sich ein Handelsverbot gegen Verkäufer und Käufer richtet); RGZ 104, 105, 107 (Nichtigkeit nur, wenn das Verbot beide Teile trifft); RG Recht 1922 Nr. 785; BGHZ 46, 24, 26.

3 Vgl. RGZ 60, 273, 276/77.

4 BGHZ 37, 258.

durchgesetzt, daß die Frage, ob Nichtigkeit eintritt oder nicht, letztlich nur durch eine Auslegung der betreffenden Verbotsvorschrift beantwortet werden kann. Maßgeblich ist dabei auf Sinn und Zweck der Verbotsnorm abzustellen[1]. Somit sieht sich also auch die Rspr. nur auf Grund allgemeiner und umfassender Erwägungen über Sinn und Zweck einer Norm in der Lage, zu entscheiden, ob ein Rechtsgeschäft gemäß § 134 BGB nichtig ist oder nicht.

Sinn und Zweck der dreijährigen Sperrfrist in §§ 5o, 93 Abs. 4, 3o2 Abs. 3 und 3o9 Abs. 3 ist es, die Gesellschaft vor Handlungen zu schützen, die ihre Ertragslage verschlechtern müßten oder sogar zu Verlusten führen würden, was letztlich auf dem Rücken der Aktionäre ausgetragen würde. Der Gesetzgeber hat geargwöhnt, daß die Gesellschaft zunächst noch zu sehr unter dem Einfluß jener Personen stehen könnte, gegen die sich der Anspruch richtet. Für diese läge dann die schnelle Durchsetzung eines Verzichts oder Vergleichs unter Mißbrauch ihres Einflusses nahe. Dieser Gesichtspunkt trifft ganz besonders für § 5o zu[2].

Zum zweiten ist bei den nicht immer leicht zu überschauenden Abläufen in einem Großunternehmen eine gewisse Zeit nötig, um festzustellen, ob eine bestimmte Handlung schädigend war und welches Ausmaß der Schaden erreicht[3]. Eine besondere Bedeutung kommt diesem Gesichtspunkt im Hinblick auf § 3o2[4] und § 3o9 zu[5], der die gesetzlichen Vertreter des herrschenden

---

1 Siehe BGHZ 53, 152, 156/57; 46, 24, 26; 37, 258, 262.

2 Vgl. RGZ 133, 33, 38; Baumbach-Hueck, § 5o Rdnr. 4; Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 1; Begr. zu § 47 RegEntw., BuTDruckS IV/171, Seite 111.

3 Diese Überlegung wird auch von RGZ 133, 33, 38 mit als maßgeblich erwähnt.

4 Vgl. Biedenkopf/Koppensteiner in Kölner Kommentar zum AktG, § 3o2 Rdnr. 16.

5 Zum Anwendungsbereich dieser Vorschrift siehe Petzel, Seite 54.

Unternehmens bei der Erteilung von Weisungen an die (abhängige) Gesellschaft zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verpflichtet[1].

Durch den Ausschluß von voreiligen Verzichten oder Teilverzichten im Wege eines Vergleichs soll also nach Möglichkeit die Kapitallage der Gesellschaft erhalten werden, in erster Linie zum Wohle der Aktionäre. Es ist zu bedenken, daß der Staat ein starkes Interesse an einer möglichst breiten Streuung des Aktienbesitzes hat[2] - auch im Sinne einer Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand. Deshalb sollte auch dem Kleinaktionär der Aktienbesitz attraktiv erscheinen und bleiben[3]. Die Begründung des Regierungsentwurfs bezeichnet es als eine "gesellschaftspolitische Aufgabe, immer weitere Schichten und Kreise unseres Volkes an dem Produktionsvermögen der Wirtschaft zu beteiligen und einer Massierung des Kapitals in Händen weniger Personen entgegenzuwirken."[4] Aus diesen Gründen wird man nicht zweifeln, daß die zu untersuchenden Vorschriften zum ordre public im oben bezeichneten Sinn gehören. Es ergibt sich aus ihrem Sinn und Zweck, daß die Sperrfrist unbedingt beachtet werden muß. Daher ist bei einem Zuwiderhandeln gegen das während der ersten drei Jahre bestehende Verbot das Rechtsgeschäft absolut unwirksam.

---

1 Damit will § 3o9 jedoch keine Erfolgshaftung aufstellen; vgl. zu diesen Fragen Mertens, AcP 168, 232.

2 Würdinger, Seite 13.

3 Zwar können gemäß § 3o8 Abs. 1 Weisungen erteilt werden, die für die abhängige Gesellschaft nachteilig sind, sofern sie den Belangen des herrschenden Unternehmens oder konzernverbundener Unternehmen dienen; unzulässig sind jedoch nachteilige Weisungen, die lediglich den Interessen von Großaktionären dienen; vgl. Rumpff, Seite 125.

4 Siehe BuTDruckS IV/171, Seite 93 unter II.

cc) Zwischenergebnis: Unwirksamkeit

Es ist als Ergebnis festzuhalten, daß - unabhängig davon, ob man die dreijährige Sperrfrist als Beschränkung der Parteidisposition oder als Verbotsgesetz betrachtet - ein Vergleich oder Verzicht, der unter Verstoß gegen die Sperrfrist zustande gekommen ist, der Nichtigkeit verfällt[1].

Maßgebend ist der A b s c h l u ß des Vertrages, also der Zeitpunkt, zu dem ein entsprechendes Angebot von der Gegenseite a n g e n o m m e n wird. Das bedeutet zweierlei. Zum einen kommt es nicht darauf an, ob eventuell die Zustimmung erst nach Ablauf der Dreijahresfrist erteilt wird. Ein Vergleich oder Verzicht, der vor Ablauf von drei Jahren mit der Maßgabe geschlossen wird, daß die erforderliche Zustimmung nach Ablauf der Frist eingeholt werden solle, ist und bleibt auch dann unwirksam, wenn die Zustimmung schließlich erteilt wird[2]. Das ergibt sich aus folgender Überlegung: Würde man einen solchen Vertrag auch nur für schwebend unwirksam halten, so ergäbe sich daraus eine zwischenzeitliche Bindung der Gesellschaft, die Ansprüche nicht geltend zu machen. Schon eine solche zeitweilige Hinderung an der Geltendmachung von Ersatzansprüchen verstieße gegen den Sinn der gesetzlichen Regelung und verbietet sich deshalb[3]. In solchem Fall besteht lediglich die Möglichkeit, das Rechtsgeschäft nach Ablauf der Frist neu vorzunehmen[4]. Ande-

1 So ausdrücklich für § 84 Abs. 4 AktG 1937 (= § 93 Abs. 4 AktG): BGB-RGRK-Krüger-Nieland, § 134 Anm. 14; Staudinger-Coing, § 134 Rdnr. 1o.
2 Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 12; Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 5o Rdnr. 15; Baumbach-Hueck, § 5o Rdnr. 4; Godin-Wilhelmi, § 5o Anm. 2.
3 Vgl. RGZ 133, 33, 38/39; Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 12.
4 Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 5o Rdnr. 14; vgl. auch Goldschmit, § 2o5 Anm. 4.

rerseits schaden vor Ablauf der Sperrfrist stattgefundene V e r h a n d l u n g e n nicht, sofern der Vertrag erst nach der Frist zustande kommt[1].

Ist das A n g e b o t zum Abschluß eines solchen Vertrages vor Ablauf der Frist abgegeben worden, so muß unterschieden werden. Geht das Angebot von dem Ersatzpflichtigen aus, so daß nur dieser gemäß § 145 BGB gebunden ist, so kommt, wenn die Gesellschaft nach Ablauf von drei Jahren annimmt und die erforderliche Zustimmung gegeben wird, der Vertrag zustande[2]. Macht aber die Gesellschaft vor Ablauf der Sperrfrist ein entsprechendes Angebot, so träte bei Gültigkeit dieser Willenserklärung die schon als gegen die ratio legis verstoßend erkannte Bindung[3] ein, so daß ein solches Angebot nicht wirksam sein kann und deshalb bei "Annahme" durch den Ersatzpflichtigen, selbst wenn sie nach Ablauf von drei Jahren erfolgte, kein Vertrag zustande käme[4], es sei denn, das Angebot der Gesellschaft würde nunmehr wiederholt.

b) Verstoß gegen das Zustimmungserfordernis

aa) Die Meinungen in der Literatur zum AktG

Zu der Frage, welche Rechtsfolge eintritt, wenn ein Verzicht oder Vergleich ohne die erforderliche Zustimmung vorgenommen wird, sind die Aussagen in den Kommentaren[5] nicht übereinstimmend.

---

1 Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 12.
2 Vgl. RGZ 133, 33, 39; Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 5o Rdnr. 15.
3 Vgl. dazu auch Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 12 (Satz 3).
4 Insoweit ungenau Barz, a.a.O., § 5o Anm. 12, Satz 1, zweiter Halbsatz.
5 Die Lehrbücher äußern sich zu dieser Frage nicht.

Eine Gruppe der Kommentatoren betont, daß Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bei Verletzung jeder der drei vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen eintrete; demzufolge soll das Geschäft nichtig sein, wenn die Zustimmung der Hauptversammlung bzw. der außenstehenden Aktionäre fehlt[1].

Die überwiegende Meinung hebt jedoch hervor, daß das Zustimmungserfordernis eine nach außen wirksame Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes darstellt[2]. Daraus wird geschlossen, daß der Vergleich oder der Verzicht schwebend unwirksam ist, solange die Zustimmung der Hauptversammlung aussteht[3].

Brodmann[4] spricht etwas ungenau von "bedingter Wirksamkeit". Das läßt nicht erkennen, ob die Zustimmung eine aufschiebende Bedingung sein soll, so daß das Rechtsgeschäft zunächst unwirksam ist und erst mit der Erteilung der Genehmigung wirksam wird, oder ob in der endgültigen Verweigerung der Genehmigung eine auflösende Bedingung gesehen werden soll; dann müßten bis dahin Vergleiche und Verzichte vorläufig wirksam sein.

bb) Sinn und Zweck der Vorschrift

Bei der Frage nach dem Sinn und Zweck dieses Bestandteils der Vorschriften ist als erstes folgendes anzu-

---

1 Schlegelberger-Quassowski, § 84 Rdnr. 18 (§ 84 Abs. 4 AktG 1937 entspricht § 93 Abs. 4); Staub-Pinner, § 2o5 Anm. 3 (§ 2o5 HGB entspricht § 5o).

2 Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 5o Rdnr. 17; Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 13; Godin-Wilhelmi, § 93 Anm. 24; Teichmann-Koehler, § 43 Anm. 1; Brodmann, § 2o5 Anm. 4.

3 Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 5o Rdnr. 17; Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 13; Godin-Wilhelmi, § 93 Anm. 25; Ritter, § 43 Anm.3.

4 A.a.O., § 2o5 Anm. 17.

führen: Das Zustimmungserfordernis für Vergleiche und Verzichte über die in den einzelnen Vorschriften näher bezeichneten Ansprüche dient - genau wie die Zeitsperre - in erster Linie dem Schutz der Aktionäre, indem durch diese Einschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands solche Vergleiche oder Verzichte, die die Gesellschaft schädigen würden, weitgehend verhindert werden sollen. Der Gesetzgeber hat aber für die Zeit nach dem Ablauf der dreijährigen Sperrfrist nicht ein absolutes Verbot von Vergleichs- und Verzichtsvereinbarungen für notwendig gehalten; vielmehr glaubte er, dem Aktionärsschutz damit Genüge zu tun, daß er das Zustimmungserfordernis aufstellte. Dadurch, daß Vergleiche und Verzichte über die der Gesellschaft zustehenden Ersatzansprüche nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam werden können, ist insoweit der Schutz der Aktionäre diesen in die eigenen Hände gelegt worden.

Neben dem Aktionärsschutz und dem damit unmittelbar zusammenhängenden Grundsatz der Kapitalerhaltung muß ein weiterer Gesichtspunkt bei der Frage nach dem Sinn und Zweck des Zustimmungserfordernisses beachtet werden. Dieser Aspekt ergibt sich insbesondere im Hinblick auf §§ 3o2, 3o9, die im Dritten Buch des AktG ("Verbundene Unternehmen") stehen; bei ihnen handelt es sich um die Zustimmung der außenstehenden Aktionäre. Hier dient das Zustimmungserfordernis auch zur Verhinderung der Ausbeutung des abhängigen Unternehmens durch das herrschende. Dadurch, daß die außenstehenden Aktionäre zustimmen müssen, kann verhindert werden, daß ein dem herrschenden Unternehmen höriger Vorstand solche Verzichte oder Vergleiche vornimmt, die für das herrschende Unternehmen vorteilhaft wären, sich aber zum Schaden der abhängigen Gesellschaft auswirken müßten. Insofern handelt es sich indirekt

auch darum, die unerwünschte Ausnutzung einer wirtschaftlichen Vormachtstellung nach Möglichkeit zu verhindern[1], die letztlich zu unzulässigen Machtkonzentrationen führen könnte[2], welche den freien Wettbewerb, der eine Grundlage unserer Wirtschaftsordnung ist[3], bedrohen oder ausschließen würden. Der Staat muß deshalb ein beträchtliches Interesse an der Aufrechterhaltung einer ausgeglichenen Unternehmensstruktur haben[4].

Für wie wichtig der Gesetzgeber die durch die Aktionäre ausgeübte Kontrolle gehalten hat, zeigt im übrigen auch die Regelung des § 136 über das Stimmrecht. In Abs. 3 dieser Vorschrift werden Verträge für nichtig erklärt, in denen sich ein Aktionär verpflichtet, das Stimmrecht nach Weisung u.a. des Vorstands oder des Aufsichtsrates auszuüben[5].

cc) Zwischenergebnis: schwebende Unwirksamkeit

Die beiden angeführten Ziele, die der Gesetzgeber mit dem Zustimmungserfordernis verfolgt hat, lassen erkennen, daß bei Zuwiderhandeln Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts die Folge sein müßte, wenn es sich um eine Verbotsvorschrift im Sinne des § 134 BGB handelte. Soweit das Zustimmungserfordernis in Frage steht, liegt jedoch keine solche Verbotsnorm vor. Vielmehr ist die Vertretungsmacht des Vorstandes gesetzlich beschränkt worden[6]. Für Vergleiche und Ver-

---

1 Vgl. dazu Großfeld, S. 8o und 2oo.
2 Darüber, daß diese Gefahr bei der Organisationsform der Aktiengesellschaft in besonderem Maße besteht, vgl. Großfeld, S. 85.
3 So auch die Begr. z. Entw. eines AktG, BuTDruckS IV/171, Seite 94 unter IV.
4 Großfeld, S. 68, 73.
5 Vgl. dazu Janberg/Schlaus, Die AG 1967, 34.
6 Siehe Fußnote 2 auf Seite 16.

zichte der bezeichneten Art fehlt es ihm daher an der (Allein)Vertretungsmacht. Nimmt er dessen ungeachtet doch solche Rechtsgeschäfte vor, so können sie zwangsläufig nicht wirksam sein. Der von den übrigen Vorschriften etwas abweichende Wortlaut des § 3o2 Abs. 3 Satz 3 läßt das noch deutlicher erkennen, da er nicht davon handelt, was die Gesellschaft "kann", sondern sein Wortlaut direkt die Wirksamkeit des Verzichts oder Vergleichs regelt.

Daraus folgt aber noch nicht, daß das Rechtsgeschäft von vornherein absolut nichtig ist. Da die Zustimmung nicht schon bei Vornahme des Geschäfts durch den Vorstand vorliegen muß, sondern auch nachträglich noch erteilt werden kann[1], tritt zunächst in entsprechender Anwendung des § 177 BGB[2] schwebende Unwirksamkeit ein. Mit Erteilung der Genehmigung[3] wird das Rechtsgeschäft voll wirksam. Wird die Genehmigung jedoch endgültig verweigert, so ist von dem Zeitpunkt ab das Rechtsgeschäft absolut nichtig[4].

---

1 Baumbach-Hueck, § 5o Rdnr. 5; Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 13; Godin-Wilhelmi, § 93 Anm. 25; Ritter, § 43 Anm. 3.

2 Ritter, § 43 Anm. 3.

3 Fraglich ist, ob für die Erteilung der Genehmigung die kurze Frist gelten kann, die in § 177 Abs. 2 Satz 2 bzw. § 1829 Abs. 2 BGB festgesetzt worden ist; das dürfte mit Rücksicht auf den organisatorischen Aufwand, den die Einberufung der Hauptversammlung erfordert (siehe auch § 123 Abs. 1), zu verneinen sein; vgl. dazu Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 13.

4 Insofern ergibt sich, daß die beiden unter aa) angeführten Meinungen möglicherweise nur scheinbar gegensätzlich sind; es können beide Ansichten - schwebende Unwirksamkeit sowohl als auch Nichtigkeit - richtig sein, wenn man auf verschiedene Zeitpunkte - den der noch nicht erteilten Genehmigung und den der endgültigen Verweigerung der Zustimmung - abstellt.

c) Handeln gegen den Widerspruch der Minderheit

aa) Keine schwebende Unwirksamkeit

Zwar sind Vergleiche und Erlaßverträge so lange schwebend unwirksam, bis die Hauptversammlung die Genehmigung erteilt hat, ohne daß Widerspruch seitens einer ausreichenden Minderheit erhoben worden ist[1], aber das heißt nicht, daß auf Grund der Nichtbeachtung eines ordnungsgemäß erhobenen Widerspruchs schwebende Unwirksamkeit eintreten könnte. Hierfür ist insofern kein Raum, als im Gegensatz zu der Zustimmung keine Schwebezeit vorhanden ist, während der die Berechtigten sich ihr Vorgehen überlegen können. Das Widerspruchsrecht der Minderheit kommt erst dann zum Tragen, wenn die Zustimmung durch Mehrheitsbeschluß[2] erteilt worden ist. Wird es ausgeübt, so macht es die Zustimmung wirkungslos, praktisch also zunichte. Insofern kann man die Ausübung des Widerspruchsrechts mit der endgültigen Verweigerung der Zustimmung vergleichen. Da das Widerspruchsrecht noch in der gleichen Hauptversammlung bzw. bei der gleichen Beschlußfassung (soweit es sich um §§ 3o2, 3o9 handelt) ausgeübt werden muß, in der die Zustimmung erklärt wurde, besteht sofort Klarheit.

bb) Merkmale der Minderheitsrechte

Nun hätte der Gesetzgeber den Minderheitenschutz auch dadurch verwirklichen können, daß er für die Zustimmung zu Verzichts- und Vergleichsabsprachen eine entsprechende qualifizierte Mehrheit - beispielsweise neun Zehntel der Stimmen - forderte. Diesen Weg hat er jedoch nicht gewählt, sondern statt dessen die Ein-

1 Godin-Wilhelmi, § 93 Anm. 25.
2 Und zwar grundsätzlich durch einfache Stimmenmehrheit, vgl. § 133 Abs. 1.

räumung eines richtigen Minderheitsrechtes[1] vorgezogen. Die Unterschiede zwischen diesen beiden möglichen Regelungen seien kurz hervorgehoben.

Dadurch, daß der Gesetzgeber denen ein Minderheitsrecht gewährt, die zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals vertreten, erleichtert er in zweifacher Hinsicht den Abschluß der genannten Vergleiche und Verzichte gegenüber einer Regelung, die die Zustimmung von neun Zehnteln der Stimmen als Wirksamkeitsvoraussetzung aufstellte. Zum einen genügt nach dem Grundsatz des § 133 Abs. 1 die einfache Stimmenmehrheit für einen Zustimmungsbeschluß der Hauptversammlung. Zum anderen genügt es nicht, daß die Minderheit mit "nein" stimmt[2]; vielmehr muß sie ein weiteres tun, nämlich ausdrücklich Widerspruch erheben, der zur Niederschrift im notariellen Protokoll[3] gelangen muß. Indem also die Minderheit nach erfolgter - befürwortender - Abstimmung noch einmal tätig werden und den Widerspruch gegen den in der Abstimmung zum Ausdruck gekommenen Willen der Mehrheit erheben muß, ist vom Gesetz gewissermaßen noch eine psychologische Barriere eingebaut worden[4].

Andererseits ist der Schutz der Minderheit insofern stark ausgeprägt, als schon die Repräsentanten von 1o Prozent des Grundkapitals - wenn sie nur entschlossen genug sind - den Mehrheitsbeschluß zu Fall bringen können, was den Abschluß eines Vergleichs oder Verzichts freilich erschweren kann gegenüber einer

---

1 Zum Begriff vgl. Würdinger, S. 147.
2 Das ist nunmehr durch den Wortlaut des AktG eindeutig geklärt; vgl. den entgegengesetzten Standpunkt bei Düringer-Hachenburg, § 2o5 Anm. 13, zu dem insoweit allerdings unklaren Wortlaut des § 2o5 HGB.
3 Siehe § 13o Abs. 1; vgl. auch Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 16.
4 Das scheinen Düringer-Hachenburg, § 2o5 Anm. 13, allerdings leugnen zu wollen.

Regelung, die eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln oder drei Vierteln für die Zustimmung verlangte, dafür aber die restlichen Stimmen unbeachtlich sein ließe. Ein weiterer Unterschied besteht schließlich darin, daß die Minderheitsrechte nicht ein Ausfluß des Stimmrechts, sondern der Mitgliedschaft sind[1]. Diese theoretische Unterscheidung hat praktische Auswirkungen auf den Kreis der ausübungsberechtigten Personen. Das Widerspruchsrecht steht auch den stimmrechtslosen Vorzugsaktionären zu[2], und satzungsmäßige Stimmrechtsbeschränkungen gemäß § 134 Abs. 1 bleiben außer Betracht. Auch ist es nicht entscheidend, ob die Einlage vollständig geleistet ist[3].

cc) Für und Wider der Minderheitsrechte

Zumindest auf den ersten Blick scheint ein Minderheitsrecht der vorliegenden Art nicht in die ansonsten weitgehend von mehrheitlich gefaßten Entscheidungen bestimmte Verfassung[4] der Aktiengesellschaft zu passen. Es stellt sich die Frage, ob Vorschriften,

1 Würdinger, Seite 147.
2 Barz meint, daß in diesem Fall die 1o Prozent des Grundkapitals unter Einrechnung des stimmrechtslosen Vorzugskapitals zu berechnen seien (Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 16); die Richtigkeit dieser Meinung dürfte davon abhängen, ob man § 14o Abs. 2 Satz 2 als abschließende Sonderregelung oder als eine analogiefähige Vorschrift ansieht.
3 Vgl. Godin-Wilhelmi, § 5o Anm. 6; Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 16; Würdinger, Seite 147.
4 Von "demokratisch" sollte man in diesem Zusammenhang jedoch nicht reden, da das Stimmrecht nicht pro Person ausgeübt wird, sondern nach Aktiennennbeträgen; der Gleichbehandlungsgrundsatz für die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre bezieht sich nicht auf die Person, sondern auf die Kapitalanteile (Lehmann-Dietz, § 4o II 2 b, Seite 291).

die es den Inhabern einer Kapitalminderheit von 1o Prozent gestatten, legale und mit Stimmenmehrheit gefaßte Beschlüsse der Hauptversammlung bzw. der am Sonderbeschluß beteiligten außenstehenden Aktionäre zu blockieren, nicht fehl am Platze sind in einem Gesetz, das in den grundlegenden Belangen der Aktiengesellschaft die Hauptversammlung durch Mehrheitsbeschluß entscheiden läßt.

Es ist jedoch zu bedenken, daß die Minderheitsrechte nicht generell bestehen. Hinsichtlich der im Katalog des § 119 aufgeführten Gegenstände der Beschlußfassung bleibt es uneingeschränkt bei Mehrheitsentscheidungen[1]. Die Frage, ob ein Verzicht oder Vergleich über gewisse Ansprüche der Gesellschaft geschlossen werden soll, ist denn auch eher eine solche der Geschäftsführung, die gemäß §§ 76 ff. grundsätzlich dem Vorstand zusteht. Wenn dennoch der Gesetzgeber zusätzlich - gewissermaßen "außer der Reihe" - eine Zustimmung verlangt und dabei der Minderheit ein Verhinderungsrecht einräumt, so hat er - insgesamt gesehen - nichts von dem genommen, was "eigentlich" der mehrheitlichen Entscheidungskompetenz zusteht. Im übrigen handelt es sich bei der Frage, ob und in welcher Höhe ein Ersatzanspruch geltend gemacht werden soll, um einen Gegenstand der Beschlußfassung, bei dem in besonderem Maße die Gefahr besteht, daß über die Köpfe der Minderheit hinweg etwas beschlossen wird, was nicht im Sinne der Kapitalerhaltung der Gesellschaft wäre. Ebenso, wie es denkbar ist, daß der Vorstand geneigt sein könnte, zum Schaden sämtlicher Aktionäre auf einen Ersatzanspruch zu verzichten

---

1 Das trifft auch für Ziff. 3 - Entlastung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats - zu. § 12o Abs. 1 macht davon keine Ausnahme, denn das Minderheitsrecht betrifft hier nur das Verfahren, nicht aber den Inhalt des Beschlusses über die Entlastung.

- daher das Zustimmungserfordernis - kann es möglich sein, daß der Vorstand im Einvernehmen mit einigen wenigen Aktionären, die zusammen die Kapitalmehrheit haben (oder vielleicht sogar mit einem einzigen Mehrheitsaktionär), zum Schaden der übrigen Aktionäre den Ersatzanspruch aufgeben will - aus welchen Motiven auch immer[1]. Dagegen kann die Minderheit nur durch ein Verhinderungsrecht geschützt werden. Diese Gefahr besteht - wie schon angedeutet - gerade dann, wenn einem oder wenigen Großaktionären eine - u.U. sehr große - Gruppe von kleinen Aktionären gegenübersteht, die nur eine Kapitalminderheit in Händen hält. Insofern dient das Minderheitsrecht auch und gerade dem Kleinaktionärsschutz sowie der Verhinderung der Ausnutzung wirtschaftlicher Vormachtstellung[2].

Angesichts dieser wichtigen Funktion, die das Minderheitsrecht erfüllt, kann es nicht zweifelhaft erscheinen, daß seine Aufnahme in das Gesetz gerechtfertigt ist. Allenfalls könnte man darüber diskutieren, welcher Minderheit, d.h. welchem Prozentsatz des Grundkapitals man das Verhinderungsrecht einräumen soll. Daß dieses nicht unbedingt 1o Prozent sein müssen, zeigt schon ein Blick auf die entsprechenden früheren Vorschriften[3]. Auch braucht die Minderheit nicht durch einen festen Prozentsatz vom Grundkapital bestimmt zu werden, sondern es kann auch ein absoluter Nennbetrag als Voraussetzung zur Ausübung des Minderheitsrechts festgelegt werden, wie es z.B. in §§ 12o Abs. 1, 122 Abs. 2 geschehen ist.

---

1 Möglicherweise ist der Mehrheitsaktionär sogar die treibende Kraft; siehe dazu Flume, Grundfragen, S. 18/19.

2 Großfeld weist darauf hin, daß letzten Endes hier ein Weg aufgezeigt ist zur Durchsetzung der öffentlichen Interessen an der Erhaltung des Wettbewerbs, vgl. S. 184, 185, 191, 193.

3 Siehe z.B. §§ 43, 84 Abs. 4 AktG 1937; § 2o5 HGB.

Bei der Frage, wie man die ausübungsberechtigte Minderheit bestimmen soll, ist zu berücksichtigen, daß sich bei den Minderheitsrechten drei Gruppen unterscheiden lassen[1]. Bei der ersten Gruppe werden die Rechte durch bloße Erklärung ausgeübt, haben aber keine bleibende Wirkung, da sie lediglich das Verfahren in der Hauptversammlung betreffen (§§ 12o Abs. 1, 122 Abs. 2). Bei der zweiten Gruppe muß sich die Minderheit zur Durchsetzung ihres Verlangens der staatlichen Gerichte bedienen, so daß diese noch als Kontrollinstanzen zur Abwehr von gegen die Gesellschaft gerichteter Willkür eingeschaltet sind (§§ 142 Abs. 2, 163 Abs. 2). Bei der dritten Gruppe schließlich entsteht die Wirkung, die auch in die Zukunft andauert, unmittelbar durch die Erklärung der Minderheit. Zu dieser Gruppe gehören die in diesem Abschnitt untersuchten Vorschriften. Daneben ist noch § 147 Abs. 1 in diese Gruppe einzuordnen. Da bei den Vorschriften dieser Gruppe das weitestgehende Minderheitsrecht gewährt wird, mußte ein Kompromiß gefunden werden zwischen einem möglichst weitreichenden Schutz auch schwacher Minderheiten einerseits und einer Bewahrung der Gesellschaft vor Willkür und Schikanen kleinster Gruppen andererseits.

Ist auch ein Satz von 2o %, wie er im älteren Recht angeordnet war[2], sicherlich zu hoch, um noch einen effektiven Minderheitenschutz zu gewährleisten, so durfte man doch andererseits wegen der Gefährlichkeit, die die Minderheitsrechte der dritten Gruppe für die AG aufweisen, auch nicht bis auf den zwanzigsten Teil des Grundkapitals heruntergehen, wie das beispielsweise bei § 122 Abs. 2 geschehen ist. Ebenso wenig empfahl sich die Festlegung eines absoluten Nennbetrages,

1 Siehe dazu Wilhelmi, die AG 1965, 217.
2 Siehe Fußnote 3 auf Seite 24.

wie das bei den Rechten der ersten und zweiten Gruppe vorgesehen ist. Bestimmte man beispielsweise einen Nennbetrag von zwei Millionen Deutsche Mark für maßgebend, so würde das dazu führen, daß bei großen Gesellschaften schon Minderheiten mit einem verschwindend kleinen Anteil am Grundkapital dieses weitreichende Minderheitsrecht ausüben könnten - bei einer AG mit einem Grundkapital von 4oo Millionen würde der Minderheit 1/2 % des Grundkapitals genügen[1]. In Anbetracht dieser Überlegungen hat der Gesetzgeber bei §§ 5o und 93 Abs. 4 den Mindestanteil, der Voraussetzung zur Ausübung des Minderheitsrechts ist, auf 1o % vom Grundkapital festgesetzt, ohne alternativ einen festen Nennbetrag zu bestimmen, und ist bei §§ 3o2 Abs. 3 und 3o9 Abs. 3 der zur Ausübung des Widerspruchsrechts notwendige Anteil des bei der Sonderbeschlußfassung vertretenen Grundkapitals ebenfalls auf 1o % festgesetzt worden[2].

dd) Zwischenergebnis: Unwirksamkeit

Da - wie unter cc) schon angedeutet - das Minderheitsrecht einen Schutz der Minderheit und damit vornehmlich den Kleinaktionärsschutz bezweckt, es somit die unerwünschte Ausnutzung wirtschaftlicher Vormachtstellung verhindern und im Sinne einer breiten Streuung des Eigentums am Produktionsvermögen und der Erhaltung der Kapitallage der Gesellschaft wirken will, Zielsetzungen, die schon unter a) bb) und b) bb) erörtert worden sind, muß man zu dem Schluß kommen, daß ein Verzichtsvertrag oder ein Vergleich, der ungeachtet des

1 Beispiel von Wilhelmi, Die AG 1965, 217.
2 Großfeld äußert sich jedoch skeptisch über die Wirksamkeit von Minderheitsrechten, zu deren Ausübung 1o % des gesamten Grundkapitals erforderlich sind (a.a.O., S. 2o8); für einen verhältnismäßig hohen Prozentsatz plädiert Rasch (S. 31).

Widerspruchs der Minderheit abgeschlossen wird, nichtig ist. Bezüglich der Vorschrift des § 3o2 Abs. 3 wird dieses durch den insoweit etwas abweichenden Wortlaut von Satz 3 eindeutig klargestellt.

Zum gleichen Ergebnis kommt man auch dann, wenn man auf die Funktion des Widerspruchsrechts im Rahmen des Verfahrens abstellt; danach wirkt der Widerspruch, der die Zustimmung der Mehrheit wirkungslos macht, praktisch wie die endgültige Verweigerung der Zustimmung. Daß im letzteren Fall das betreffende Rechtsgeschäft absolut unwirksam ist, wurde schon unter b) cc) ausgeführt.

d) Ergebnis

Wie die vorangehende Erörterung gezeigt hat, will der Gesetzgeber mit den Vorschriften, die zu der Gruppe von § 5o gehören, direkt einen Schutz der Aktionäre im allgemeinen und der Aktionärsminderheiten sowie der kleinen Aktionäre im besonderen erreichen; indirekt zielen diese Regelungen auch darauf ab, die Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtposition und unerwünschte wirtschaftliche Machtkonzentrationen zu verhindern und dadurch den freien Wettbewerb, der eine Grundlage unserer Wirtschaftsordnung ist, aufrechtzuerhalten. Es liegen bei den vier untersuchten Vorschriften die Schwerpunkte der gesetzgeberischen Intention unterschiedlich; auch sind sie auf die drei Bestandteile der Vorschriften in unterschiedlicher Weise verteilt. In jedem Falle aber verlangen die Motive, die den Gesetzgeber zu der Regelung veranlaßt haben, daß bei einem Zuwiderhandeln das betreffende Rechtsgeschäft nichtig ist. Hinsichtlich des Zustimmungserfordernisses, das eine Regelung der Vertretungs-

macht darstellt, tritt die Nichtigkeit freilich erst bei endgültiger Verweigerung der Zustimmung ein; bis dahin ist das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam.

e) Umgehungsgeschäfte

Um den gesetzgeberischen Willen voll zur Geltung zu bringen ist es allerdings nötig, die Unwirksamkeit nicht auf die beiden Vertragstypen zu beschränken, die im Gesetz ausdrücklich angesprochen werden: Vergleiche und Verzichtsverträge; vielmehr muß sich die Nichtigkeit auch auf gewisse Umgehungsgeschäfte erstrecken. Darüber herrscht in der Literatur im grundsätzlichen Einmütigkeit, und auch die Formulierung des RG, daß "aus dem Zweck der Vorschrift[1] ... sich (ergebe), daß j e d e Bindung der Aktiengesellschaft, durch welche sie gehindert wird, die Ansprüche aus der Gründerhaftung jederzeit geltend zu machen, unzulässig ist und nach § 134 BGB die Nichtigkeit des erstrebten Rechtsgeschäfts zur Folge hat"[2], läßt sich für diese Meinung ins Feld führen[3]. Wie häufig bei der extensiven Auslegung einer Vorschrift besteht aber Uneinigkeit darüber, worauf das Gesetz auszudehnen ist und wo die Grenzen zu ziehen sind. Es soll deshalb auf die wichtigsten Umgehungsgeschäfte kurz eingegangen werden.

---

1 Es handelt sich um § 2o5 HGB.
2 RGZ 133, 33, 38 (Hervorhebung vom Verf.).
3 Bedenken gegen eine so weitreichende Interpretation dieser Stelle könnten sich allerdings daraus ergeben, daß dieser Entscheidung der Fall zugrunde lag, daß ein Vergleich vor Ablauf der Zeitsperre mit der Maßgabe geschlossen war, die Generalversammlung solle nach Ablauf der Sperrfrist zustimmen; das RG hat sich somit möglicherweise nur auf zeitlich beschränkte Bindungen aus Vergleichen und Verzichtsverträgen beziehen wollen, nicht aber auch auf andere Arten von Verträgen.

aa) Abtretung

Bei einer Abtretung verliert die Gesellschaft den Ersatzanspruch. Insofern kann die Abtretung einem Verzicht gleichkommen. Das muß jedoch nicht der Fall sein. Während bei einem Verzicht die Forderung ersatzlos untergeht, wird eine Abtretung in der Regel nur dann vorgenommen, wenn man eine Gegenleistung dafür erhält. Insofern wäre es verfehlt, mit einer extensiven Auslegung ein generelles Abtretungsverbot zu konstituieren[1]. Es fallen aber solche Abtretungen unter die gesetzliche Vorschrift, bei denen die Gesellschaft nicht den entsprechenden Gegenwert erhält, denn hier läge anderenfalls eine eindeutige Umgehung des Gesetzes vor[2]. Da auf eine solche Abtretung die gesetzlichen Vorschriften in gleicher Weise anwendbar sind wie auf einen Vergleich oder einen Verzicht, kann es für die Zulässigkeit auch nicht darauf ankommen, ob die Abtretung im Einzelfall wirtschaftlich vernünftig bzw. vorteilhaft ist. Darauf abzustellen hieße, auch die engen Voraussetzungen des § 5o Satz 2 bzw. der entsprechenden Vorschriften in §§ 93, 3o2 und 3o9 zu erweitern. Dazu besteht aber bei Umgehungsgeschäften ebensowenig Grund wie bei einem Vergleich, der ja auch wirtschaftlich sinnvoll sein kann[3].

Eine Abtretung, die einem Vergleich oder einem Verzicht nahekommt, ist demnach vor Ablauf der Dreijah-

---

1 So aber anscheinend Brodmann, § 2o5 Anm. 2 a.

2 Baumbach-Hueck, § 5o Rdnr. 6; Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 4; Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 5o Rdnr. 7; Ritter, § 43 Anm. 2; Düringer-Hachenburg, § 2o5 Anm. 9.

3 Ebenso Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 5o Rdnr. 7; a.A.: Baumbach-Hueck, § 5o Rdnr. 6; Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 4; Düringer-Hachenburg, § 2o5 Anm. 9.

resfrist unzulässig und unwirksam; danach unterliegt sie den gleichen Voraussetzungen wie Vergleiche und Verzichtsverträge.

bb) Annahme an Erfüllungs Statt

Bei der Annahme einer Leistung an Erfüllungs Statt ist die Problematik die gleiche wie bei der Abtretung. Erhält die Gesellschaft auf diesem Wege einen völlig gleichwertigen Gegenstand, so ist das Geschäft unbeschränkt zulässig. Ist das an Erfüllungs Statt Geleistete aber von geringerem Wert[1], so enthält die Vereinbarung ein Element des Vergleichs; in diesem Fall gelten auch hier die vom Gesetz angeordneten Beschränkungen[2].

cc) Stundung

Bei einer Stundung verliert die Gesellschaft den Anspruch zwar weder ganz noch teilweise, aber sie ist zwischenzeitlich gehindert, die Leistung zu verlangen. Das verstößt gegen den vom RG formulierten Sinn des Gesetzes, wonach keine Bindung eingegangen werden darf, die die AG hindert, die Ansprüche jederzeit geltend zu machen[3]. Infolgedessen sind auch Stundungen während der Sperrfrist grundsätzlich unzulässig[4]. Eine Ausnahme muß allerdings aus Gründen der Prakti-

---

1 Zu der Frage, was als gleichwertig zu betrachten ist, siehe Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 5o Rdnr. 8 und 9.

2 Vgl. Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 4; Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 5o Rdnr. 9; Baumbach-Hueck, § 5o Rdnr. 6; Düringer-Hachenburg, § 2o5 Anm. 4.

3 RGZ 133, 33, 38.

4 Vgl. Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 5o Rdnr. 12; Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 5.

kabilität hinsichtlich solcher Stundungen gemacht werden, die sich nicht über einen längeren Zeitraum erstrecken, sondern dem Ersatzpflichtigen nur eine nach Tagen zählende Frist zur Beschaffung der finanziellen Mittel gewähren[1]. Ein solch kurzer Aufschub muß vor Ablauf der Sperrfrist möglich sein und sollte nach ihrem Ablauf nicht die Zustimmung der Hauptversammlung erfordern.

dd) Die volle Durchsetzung des Anspruchs im Wege des Vergleichs

Schließlich sei noch kurz auf die Meinung Brodmanns eingegangen, wonach die Gesellschaft zwar nicht vergleichsweise auf Ansprüche der bezeichneten Art verzichten, wohl aber ein solcher Anspruch Gegenstand eines Vergleichs im p o s i t i v e n Sinne sein könne[2]. Damit ist der Fall angesprochen, daß der Vergleich nicht über e i n e n streitigen Anspruch geschlossen wird, sondern in den Vergleich mehrere streitige Ansprüche einbezogen werden. Zwar kann ein solcher Vergleich dann nicht vorgenommen werden, wenn die Gesellschaft an ihrem der beschränkten Verfügung unterliegenden Schadensersatzanspruch Abstriche vornimmt, wohl aber müßte der Vergleich möglich sein - so die Überlegung Brodmanns -, wenn der Anspruchsgegner den bezeichneten Anspruch der Gesellschaft gegen anderweiten Vorteil voll anerkennt, beispielsweise gegen Verzicht der AG auf einen anderen ihr zustehenden aber streitigen Anspruch.

Wenn auch diese Ansicht auf den ersten Blick einleuchtend erscheinen mag, kann ihr gleichwohl nicht ge-

---

1 Vgl. dazu Kraft in Kölner Kommentar zum AktG, § 5o Rdnr. 12; Düringer-Hachenburg, § 2o5 Anm. 1o.
2 Brodmann, § 2o5 Anm. 2 a.

folgt werden. Zunächst einmal verbietet das Gesetz Vergleiche grundsätzlich, ohne dabei irgendwelche Unterscheidungen vorzunehmen. Das zweite und noch stärkere Bedenken aber besteht darin, daß damit ein gefährliches Mittel zur Gesetzesumgehung geschaffen würde: Wenn auf den einen Anspruch nicht verzichtet werden darf, so werden eben im Zusammenwirken zwischen Vorstand und Ersatzpflichtigem Konzessionen bei einem anderen (streitigen) Anspruch gemacht, der möglicherweise überhaupt erst zu einem "streitigen" geworden ist, um die Beschränkungen des AktG auf diesem Wege unterlaufen zu können. Zwar will auch Brodmann einen solchen Vergleich nicht zulassen, wenn darin eine Umgehung des Gesetzes liegt[1]; jedoch dürfte diese Prüfung in der Praxis sehr mühselig und äußerst schwierig sein[2], so daß man es besser gleich bei dem generellen Verbot des Gesetzes beläßt.

Daß bei der Abtretung und der Annahme einer Leistung an Erfüllungs Statt bezüglich der Zulässigkeit auf das Vorliegen einer Gesetzesumgehung abgestellt wurde, steht nicht entgegen, denn dabei handelte es sich um andere Vertragstypen, die im Gesetz nicht erwähnt werden; will man die gesetzliche Regelung auch auf sie ausdehnen, so liegt es auf der Hand, daß dieses nur insoweit geschehen darf, als die ratio legis das verlangt. Beim Vergleich jedoch, der im Wortlaut des Gesetzes ausdrücklich angesprochen wird, besteht angesichts der damit verbundenen Gefahren keine Veranlassung, die gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit wieder einzuschränken.

---

1 Brodmann, § 2o5 Anm. 2 a.

2 Wäre doch bei einem solchen Vergleich der Streit gerade nicht dem Gericht entzogen, da dieses gegebenenfalls die Ungewißheit der Rechtsverhältnisse nachprüfen müßte; läge sie in Wirklichkeit nicht vor, könnte der Vergleich nicht wirksam sein.

f) Verjährung

Es versteht sich beinahe von selbst, daß unter die Umgehungsgeschäfte, auf die sich die Vorschriften der §§ 5o, 93, 3o2 und 3o9 erstrecken, nur rechtsgeschäftliche Handlungen fallen. Rechtliche Wirkungen, die kraft Gesetzes eintreten, wie beispielsweise die Verjährung, können nicht hierzu gezählt werden. Zwar kommt die Verjährung in ihrer Wirkung dem Verzicht sehr nahe, der Unterschied besteht aber darin, daß nach dem Willen des Gesetzgebers der Verzicht nicht ohne die Zustimmung der Hauptversammlung möglich sein soll, während die Verjährung nach entsprechendem Zeitablauf vom Gesetzgeber gewollt ist und automatisch eintritt. Hier ist es nicht zulässig, die gesetzlich angeordnete Rechtsfolge des § 51 mit Hilfe der Vorschriften über die Zustimmungsbedürftigkeit gewisser Rechtsgeschäfte zu eliminieren. Den Schutz der Aktionäre übernimmt in diesem Fall die Vorschrift des § 147, d.h. die Aktionäre müssen zur Vermeidung der Verjährung die Geltendmachung des Anspruchs erzwingen[1].

---

1 Vgl. statt aller Barz in Großkommentar zum AktG, § 5o Anm. 6.

II. § 66 Absatz 1 Satz 1

1. Die materiellrechtliche Regelung dieser Vorschrift

§ 66 Abs. 1 Satz 1 bestimmt, daß die Aktionäre und ihre Vormänner nicht von ihren Leistungspflichten nach den §§ 54 und 65 befreit werden können. Es handelt sich dabei um die Zahlung der Einlagen. Der Wortlaut der Vorschrift scheint klar und eindeutig zu sein. Indes, er spricht nicht bestimmte Vertragstypen an. Deshalb ist er nicht nur interpretationsfähig, sondern auch -bedürftig. Es muß geklärt werden, was mit dem Ausdruck "befreien" gemeint ist.

Unzweifelhaft ist zunächst einmal der Verzicht der Gesellschaft - im Wege eines Erlaßvertrages - auf die Einlageschuld des Aktionärs bzw. auf die Verpflichtung der Vormänner angesprochen. Insofern enthält § 66 Abs. 1 Satz 1 ein Verzichtsverbot[1]. Darüber hinaus werden von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre noch eine Reihe anderer Rechtsgeschäfte als "Befreiung" i.S. dieser Vorschrift angesehen, so die Annahme einer Leistung an Erfüllungs Statt (auch der Verkauf einer Sache durch den Einlageschuldner an die Gesellschaft mit anschließender Aufrechnungserklärung der AG), die Novation (auch die Umwandlung einer Bar- in eine Sacheinlage und umgekehrt[2]), die Leistung der Einlage mit Mitteln, die durch ein Darlehen der Gesellschaft beschafft worden sind[3], die Aufrechnung der Gesellschaft gegen eine künstlich hergestellte

---

1 Godin-Wilhelmi, § 66 Anm. 4; Baumbach-Hueck, § 66 Rdnr. 6; Barz in Großkommentar zum AktG, § 66 Anm. 5; Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, § 66 Rdnr. 5.

2 Soweit nicht § 27 Abs. 4 einschlägig ist.

3 Vgl. dazu auch BGHZ 28, 77, 78 zu der in § 19 GmbHG enthaltenen entsprechenden Vorschrift.

Forderung des Aktionärs[1], die Stundung[2], die Abtretung, sofern die Gesellschaft nicht den vollen Gegenwert erhält[3], sowie die Annahme einer mangelhaften Sachleistung und den Verzicht auf die Sachmängelhaftung[4].

Die Verwirkung soll nach h.M. möglich sein. Das wird damit begründet, daß § 66 nur rechtsgeschäftliche Erleichterungen verbietet[5]. Darunter fällt die Verwirkung deshalb nicht, weil sie einen stillschweigenden Verzicht des Gläubigers nicht voraussetzt[6], sondern auch gegen den Willen des Berechtigten eintreten kann[7]. Bedenken gegen diese zunächst einleuchtende Argumentation ergeben sich daraus, daß der Unterschied zwischen einem stillschweigenden Verzicht, der zwangsläufig im Widerspruch zu § 66 Abs. 1 Satz 1 stehen müßte[6], und dem Tatbestand der Verwirkung, der möglich sein soll, hauptsächlich in der Willensrichtung des Berechtigten, also des Vorstands, bestünde. Da dieser innere Wille aber nicht zuverlässig festzustellen ist, wäre einer Umgehung des Befreiungsverbots Tür und Tor geöffnet; der Vorstand, der einem Aktionär die Einlageverpflichtung erlassen möchte, sich hieran aber

---

1 Vgl. RGZ 98, 276, 277; BGHZ 15, 52, 57; beide zu § 19 GmbHG.
2 A.A. Lutter, Kapital, Seite 173 Anm. 15, sowie derselbe in Kölner Kommentar zum AktG, § 66 Rdnr. 7.
3 Siehe RGZ 124, 38o, 383 zu § 221 HGB; RGZ 133, 81, 83 zu § 19 GmbHG.
4 Vgl. zum Ganzen Baumbach-Hueck, § 66 Rdnr. 2 und 7; Godin-Wilhelmi, § 66 Anm. 4; Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, § 66 Rdnr. 4, 5, 6, 7; Barz in Großkommentar zum AktG, § 66 Anm. 2, 5, 6, 7, 1o-18, 21-24; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 221 Anm. 3.
5 Vgl. Baumbach-Hueck, § 66 Rdnr. 6; Barz in Großkommentar zum AktG, § 66 Anm. 5; Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, § 66 Rdnr. 1o; Teichmann-Koehler, § 6o Anm. 1; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 221 Anm. 3.
6 RGZ 134, 262, 27o.
7 BGHZ 25, 47, 52.

durch § 66 gehindert sieht, brauchte sich nur passiv zu verhalten, um dadurch - absichtlich - dem Aktionär zu ermöglichen, den Einwand der Verwirkung geltend zu machen.

Daß die Verwirkung in der Regel nicht möglich ist, zeigt ein Blick auf ihre Voraussetzungen. Danach tritt die Verwirkung als besondere Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben dann ein, wenn - erstens - der Berechtigte seinen Anspruch so verspätet geltend macht, daß - zweitens - der Verpflichtete sich unter Berücksichtigung von Treu und Glauben darauf einrichten durfte, daß mit einer Rechtsausübung durch den Berechtigten nicht mehr zu rechnen war[1]. An letzterer Voraussetzung wird es in aller Regel fehlen, wenn - wie hier - ein gesetzliches Befreiungsverbot der Nichtgeltendmachung des Anspruchs entgegensteht. Der Entscheidung des RG[2], auf die sich die h.M. beruft, lag denn auch nicht ein Fall zugrunde, bei dem die Aktionärin die Einlage noch nicht geleistet hatte; vielmehr war die Zahlung vollständig erfolgt, allerdings in einer Zeit rapider Geldentwertung, so daß die Zahlung der Einlagesumme bei weitem nicht den Wert verkörperte, der den Gründern vorgeschwebt hatte. Es ging also nicht um eine Verwirkung des Anspruchs auf Zahlung der Einlage, sondern um die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs der AG. Insofern ist diesem Urteil zuzustimmen. Nur läßt sich darauf nicht die apodiktische Behauptung gründen, die Verwirkung der Einlageforderung sei möglich. Diese Aussage ist zumindest verwirrend, denn in aller Regel kommt - wie die Untersuchung gezeigt hat - eine Ver-

1 BGHZ 25, 47, 52; RGZ 155, 148, 152.
2 RGZ 134, 262, 27o.

wirkung nicht in Frage[1].

Bezüglich des zweiten im Rahmen dieser Arbeit besonders interessierenden Vertragstyps (neben dem Erlaß), des Vergleichs, ist die Rechtslage nicht eindeutig. Er ist in der Vorschrift des § 66 nicht erwähnt. Die beiden extremen Möglichkeiten der Auslegung lauten daher: Der Vergleich ist zulässig, da er nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht verboten ist, oder : Der Vergleich ist nicht zulässig, da § 66 ein Befreiungsverbot enthält, das sowohl den vollständigen als auch den teilweisen Erlaß untersagt.

Letzterer Meinung ist zuzugeben, daß ein Vergleich i. d.R. einen teilweisen Erlaß darstellt[2] und daß, wenn § 66 ein generelles Verbot der Befreiung ausspricht, darunter gewiß auch die teilweise Befreiung fällt. Andererseits darf auch nicht übersehen werden, daß der Gesetzgeber in § 66 den Vergleich nicht erwähnt, obwohl ihm die Problematik bekannt war[3] und obwohl in anderen Vorschriften (zum Beispiel in den zu der unter I untersuchten Gruppe gehörenden Paragraphen) der Vergleich neben dem Erlaß immer ausdrücklich angesprochen wird[4]. Auch muß berücksichtigt werden, daß durchaus ein Vergleich denkbar ist, in dem der Einlageschuldner seine Verpflichtung voll anerkennt.

---

1 In ähnlichem Sinne zutreffend Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, § 66 Rdnr. 1o.

2 So Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, § 66 Rdnr. 9; und wohl auch Godin-Wilhelmi, § 66 Anm. 4; vgl. auch Baumbach-Hueck, GmbHG, § 19 Anm. 3 C.

3 Allerdings geht die Begründung zum Entwurf eines Aktiengesetzes mit keinem Wort darauf ein, sondern sagt nur lapidar, daß der Entwurf in Abs. 1 (von § 63) die Vorschrift des § 6o (AktG 1937) unverändert übernimmt; BuTDruckS IV/171, Seite 16 (zu § 63).

4 Darauf weist RGZ 79, 271, 274 in einer Entscheidung zu § 19 Abs. 2 GmbHG hin; kritisch zu dieser Argumentation Baumbach-Hueck, GmbHG, § 19 Anm. 3 C.

Angesichts der Tatsache, daß beide Argumentationen etwas für sich haben, läßt sich ein Urteil nicht generell fällen. Es ist vielmehr der herrschenden Meinung beizupflichten, die eine Abwägung trifft. Danach ist ein Vergleich unzulässig, wenn es sich um einen (teilweisen) Erlaß der Einlagepflicht handelt, der nur in die Form eines Vergleichs gekleidet ist, um so die Umgehung des Gesetzes zu ermöglichen. Dagegen muß ein ernsthafter Vergleich, der geschlossen wird, weil erhebliche rechtliche oder tatsächliche Unklarheiten[1] bestehen[2], vernünftigerweise möglich sein, denn es wäre unsinnig, die AG zu einem Rechtsstreit zu zwingen, dessen Ausgang höchst ungewiß wäre und bei dem der Streitgegenstand möglicherweise in keinem vernünftigen Verhältnis zum Aufwand stünde[3]. Eine Zulässigkeit des Vergleichs in diesem Rahmen dürfte angesichts des unterschiedlichen Wortlauts der Regelungen in § 66 Abs. 1 und - beispielsweise - § 5o der Rechtslage entsprechen[4].

2. Die materiellrechtlichen Konsequenzen

Wenn also davon auszugehen ist, daß § 66 Abs. 1 Satz 1 einen Verzicht und in dem angegebenen Rahmen auch

1 Zu dem Fall, daß die Einziehbarkeit der Einlageforderung ungewiß ist, vgl. einerseits RGZ 79, 271, 274 sowie Ritter, § 6o Anm. 2 d; andererseits Barz in Großkommentar zum AktG, § 66 Anm. 8 sowie Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, § 66 Rdnr. 9.

2 Das wird eher bei Sach- als bei Geldeinlagen der Fall sein.

3 So Godin-Wilhelmi, § 66 Anm. 4; Baumbach-Hueck, § 66 Rdnr. 6; Barz in Großkommentar zum AktG, § 66 Anm. 8; Ritter, § 6o Anm. 4; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 221 Anm. 5; im Ergebnis ebenso Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, § 66 Rdnr. 9; siehe auch RGZ 79, 271, 274 und RG JW 1931, 2o97, 2o98 linke Spalte.

4 Siehe auch Barz in Großkommentar zum AktG, § 66 Anm. 8.

einen Vergleich v e r b i e t e t [1], so muß gefragt werden, was gelten soll, wenn diesem Verbot zuwider doch ein solches Rechtsgeschäft abgeschlossen wird.

Im Gegensatz zu den unter I behandelten Vorschriften, die dazu beitragen sollen, die Kapitallage der Gesellschaft zu b e w a h r e n , dient § 66 dem Grundsatz der realen Kapital a u f b r i n g u n g [2]; er steht - chronologisch gesehen - also vor jenen Bestimmungen[3]. Zwar ist er nicht die einzige Vorschrift im System der realen Kapitalaufbringung[4], jedoch soll im wesentlichen mit seiner Hilfe erreicht werden, daß das von den Gründern angegebene Grundkapital auch tatsächlich zusammenkommt und der Gesellschaft zur Verfügung steht. Insofern kann man diese Vorschrift als einen der "Eckpfeiler des deutschen Aktienrechts"[5] bezeichnen. Sie bezweckt in erster Linie den Schutz der Gläubiger der Gesellschaft[6], denen bei einer AG kein Gesellschafter persönlich haftet und die sich

1 Barz in Großkommentar zum AktG, § 66 Anm. 1; Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, § 66 Rdnr. 4; Godin-Wilhelmi, § 66 Anm. 3; Baumbach-Hueck, § 66 Rdnr. 1 und 3; Gessler, § 66 Anm. 1; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 221 Anm. 2; Teichmann-Koehler, § 6o Anm. 1; auf die Streitfrage, ob bei der Wendung "kann nicht" ein Verbot oder eine rechtliche Unmöglichkeit vorliegt, soll angesichts der Einhelligkeit in der aktienrechtlichen Literatur nicht mehr eingegangen werden - siehe dazu unter B I 2. a)bb); zur Entstehungsgeschichte des § 66 Abs. 1 Satz 2, die in dieser Hinsicht lehrreich ist, siehe Fußnote 4 auf Seite 9.

2 Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, § 66 Rdnr. 2.

3 Im übrigen wird zu Recht darauf hingewiesen, daß Vorschriften mit kapitalerhaltender Tendenz in engem Zusammenhang stehen mit solchen zur Sicherstellung der Kapitalbeschaffung; siehe Handbuch, Bd. 1, Rdnr. 98.

4 Siehe Fußnote 2.

5 Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 221 Anm. 1.

6 Vgl. Barz in Großkommentar zum AktG, § 66 Anm. 4; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 221 Anm. 1.

deshalb umso mehr darauf verlassen können müssen, daß das Grundkapital tatsächlich aufgebracht wird. Insofern verfolgt die Vorschrift ein öffentliches Interesse[1], denn "das Grundkapital bildet die Basis für das Vertrauen, welches die Gesellschaft im Wirtschaftsleben genießt"[2]. Darüber hinaus besteht das Verbot auch zum Schutz der Gesellschaft und der - übrigen- Aktionäre[3], denen ebenfalls geschadet wird, wenn einzelnen Aktionären ihre Einlageverpflichtung erlassen wird.

Aus dieser Zielsetzung, die von der Vorschrift des § 66 Abs. 1 Satz 1 verfolgt wird, ergibt sich, daß ein verbotswidrig vorgenommenes Rechtsgeschäft nach § 134 BGB nichtig ist[4], gleichviel, ob die Hauptversammlung zugestimmt hat oder nicht[5], denn auch der zustimmende Beschluß würde von der Nichtigkeit ergriffen[6].

III. Die Gruppe "§ 93 Abs. 5 Satz 3"

1. Die materiellrechtliche Regelung dieser Vorschriften

Der Wortlaut der drei in dieser Gruppe zusammengefaßten Vorschriften läßt sich - stellt man lediglich auf die im Rahmen dieser Untersuchung interessierenden Textteile ab - in folgender Weise auf einen Nenner

---

1 RG JW 1931, 2o97, 2o98 linke Spalte.
2 Handbuch, Bd. 1, Rdnr. 98.
3 Vgl. RGZ 124, 38o, 382; Baumbach-Hueck, § 66 Rdnr. 2; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 221 Anm. 1.
4 RGZ 124, 38o, 382; Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, § 66 Rdnr. 29; Godin-Wilhelmi, § 66 Anm. 4; Baumbach-Hueck, § 66 Rdnr. 2; Teichmann-Koehler, § 6o Anm. 1; Ritter, HGB, § 221 Anm. 1; Brodmann, § 221 Anm. 1 b.
5 RG JW 1931, 2o97, 2o98 linke Spalte.
6 Godin-Wilhelmi, § 66 Anm. 4; Lutter in Kölner Kommentar zum AktG, § 66 Rdnr. 29; Düringer-Hachenburg-Flechtheim, § 221 Anm. 4.

bringen: "Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht ... durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft ... (nicht) ... aufgehoben."[1] Diese Vorschriften werden erst verständlich im Zusammenhang mit der ihnen jeweils vorangehenden Bestimmung[2], wonach die Gläubiger der Gesellschaft den Ersatzanspruch der Gesellschaft, den diese gegen gewisse Personen hat, die sich ihr gegenüber schädigend verhalten haben, selbst geltend machen dürfen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.

Danach haben also die Gläubiger das Recht, unter der genannten Voraussetzung den der Gesellschaft zustehenden Schadensersatzanspruch (auch) selbst geltend zu machen. Über die Beantwortung der Frage, wie dieser Übergang (bzw. die "Anspruchsvervielfältigung"[3], denn die Gesellschaft bleibt daneben weiterhin zur Geltendmachung des Anspruchs befugt[4]), rechtlich zu qualifizieren ist, herrscht in der Literatur keine Einigkeit[5]. Im Rahmen dieser Untersuchung braucht auf diese Frage nicht näher eingegangen zu werden. Nach ganz herrschender Meinung kann bzw. muß der Gläubiger Leistung an sich selbst verlangen[6].

Dieser Anspruch ist dem Gläubiger zuerkannt worden, um ihn zu sichern. Es wird dadurch vermieden, daß die Ge-

---

1 In § 3o9 Abs. 4 Satz 4 heißt es "ausgeschlossen" statt "aufgehoben".
2 Siehe §§ 93 Abs. 5 Satz 1, 117 Abs. 5 Satz 1, 3o9 Abs. 4 Satz 3.
3 Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 93 Rdnr. 67.
4 RGZ 63, 2o3, 21o; Schilling in Großkommentar zum AktG, § 93 Anm. 48.
5 Vgl. zum Streitstand Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 93 Rdnr. 67, sowie Golling, Seite 9o ff.
6 Vgl. Schilling in Großkommentar zum AktG, § 93 Anm. 45; Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 93 Rdnr. 64; Godin-Wilhelmi, § 93 Anm. 28; Baumbach-Hueck, § 93 Rdnr. 16; abweichend: Handbuch, Bd. 1, Rdnr. 244.

sellschaft"den Anspruch unter den Tisch fallen lassen kann"[1]. Über die allgemeinen Vergleichs- und Verzichtsverbote hinaus, die unter B I behandelt worden sind und die indirekt auch dem Schutz der Gläubiger dienen, ist diese Personengruppe hier noch einmal ganz speziell gesichert worden. Diese Sicherung durch Zuerkennung eines eigenen Anspruchs (neben dem der Gesellschaft) wäre aber weitgehend wirkungslos, wenn Vergleiche und Verzichtsverträge der Gesellschaft sich auch auf den Anspruch der Gläubiger auswirkten. Auf dieser Überlegung beruht die Regelung der drei in diesem Abschnitt untersuchten Vorschriften[2].

2. Die materiellrechtlichen Konsequenzen

Die Frage nach den Konsequenzen der Regelungen in §§ 93 Abs.5 Satz 3, 117 Abs. 5 Satz 2 und 3o9 Abs. 4 Satz 4 ist insofern leicht zu beantworten, als die Rechtsfolge in diesen Vorschriften unmittelbar festgelegt ist: Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft nicht aufgehoben. Das Gesetz bestimmt also, was geschehen soll, wenn die AG solche Rechtsgeschäfte vornimmt. Sie sind grundsätzlich wirksam; da aber den Gläubigern gegenüber die Rechtsfolgen aus dem von der Gesellschaft vorgenommenen Vertrag nicht eintreten, sind die Rechtsgeschäfte gegenüber den Gläubigern - und nur ihnen gegenüber - unwirksam.

1 Godin-Wilhelmi, § 93 Anm. 28.

2 Auch § 62 Abs. 2 enthält eine Vorschrift, wonach der Anspruch der Gesellschaft auch von den Gläubigern geltend gemacht werden kann (betrifft die Haftung der Aktionäre beim Empfang verbotener Leistungen); hier ist eine dem § 93 Abs. 5 Satz 3 entsprechende Regelung jedoch überflüssig, da § 66 Abs. 2 i.V. mit Abs. 1 insoweit einen Verzicht und einen unangemessenen Vergleich generell untersagt; vgl. dazu unter B II 1.

Es handelt sich hier also um einen Fall relativer Unwirksamkeit, da die "Rechtswirkungen zwar im allgemeinen eintreten, jedoch mit der Beschränkung, daß gewisse rechtliche Interessen eines Beteiligten, die das Gesetz schützen will, ebenso gewahrt bleiben, als wenn das Geschäft überhaupt unwirksam wäre."[1] Es wird somit das erreicht, was auch als Rechtsfolge des § 135 BGB eintritt. Das führt zu der Frage, ob es sich bei den untersuchten Vorschriften um relative gesetzliche Veräußerungsverbote im Sinne von § 135 BGB handelt. Richtig ist zweifellos, daß man für das Vorliegen eines Verbots nicht darauf abstellen kann, ob der Ausdruck "verboten" oder "unzulässig" im Gesetzestext auftaucht. Auch überfordert eine Interpretation, die bei den Formulierungen "kann nicht" und "darf nicht" in der Weise einen Unterschied macht, daß im zweiten Fall ein Verbot, im ersten aber eine Beschränkung in der Verfügungsmacht vorliegen soll, gelegentlich die Genauigkeit des Gesetzgebers bei der Verwendung bestimmter Ausdrücke[2].

Als entscheidend für das Vorliegen eines Unterschiedes ist es aber anzusehen, daß Wendungen wie "kann nicht", "darf nicht" oder "nicht zulässig" immer auf die Handlungsweise der betroffenen Person bezogen sind, während die hier untersuchten Vorschriften lediglich die Rechtsfolgen der vorgenommenen Rechtsgeschäfte regeln. Dennoch werden bisweilen auch solche Vorschriften zu den relativen Veräußerungsverboten gezählt[3]. Dem ist freilich entgegenzuhalten, daß es wenig sinnvoll erscheint, in solchen Fällen auf § 135 BGB zurückzugehen, um mit seiner Hilfe zu dem Ergeb-

---

1 Enneccerus-Nipperdey, I. Band, 2. Halbband, § 2o2 III, Seite 1215.
2 Vgl. dazu unter B I 2 a) bb).
3 Siehe z.B. zu §§ 7 und 15 KO: Staudinger-Coing, § 135 Rdnr. 17; Erman-Westermann, §§ 135, 136 Rdnr. 6.

nis zu kommen, welches von der speziellen Vorschrift bereits eindeutig angeordnet ist. Noch deutlicher wird dieses bei § 134 BGB, der sich von § 135 BGB nur dadurch unterscheidet, daß eine absolute Unwirksamkeit statt einer relativen eintritt. Ordnet eine bestimmte Vorschrift die Unwirksamkeit unmittelbar an, wie z.B. § 3o2 Abs. 3 Satz 3, so ist es überflüssig, § 134 BGB anzuwenden und dabei zu prüfen, ob sich aus der betreffenden Vorschrift etwas anderes ergibt, ob also nach ihrem Sinn und Zweck das Rechtsgeschäft doch gültig sein soll. Während aber bei § 134 BGB der Streit vorwiegend akademischer Natur ist, kann bei § 135 BGB die Frage, ob die relative Unwirksamkeit direkt oder erst über die Anwendung des § 135 BGB eintritt, insofern Bedeutung erlangen, als § 135 BGB den gutgläubigen Erwerb uneingeschränkt zuläßt. Insofern müssen die Vertreter der Meinung, daß auf §§ 7 und 15 KO der § 135 BGB anwendbar sei, von dieser Anwendbarkeit doch wieder Abstriche machen, da §§ 7, 15 KO den gutgläubigen Erwerb ausdrücklich nur bei Immobilien zulassen, während § 135 BGB den gutgläubigen Erwerb allgemein vorsieht[1].

Ein weiterer Gesichtspunkt darf bei der Frage, ob ein Verbot im Sinne des § 135 BGB vorliegt, nicht übersehen werden. Von einem gesetzlichen Verbot kann man nur dann sprechen, wenn eine bestimmte Handlung nicht vorgenommen werden soll, weil sie dem Gesetzgeber generell unerwünscht ist. In diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage, ob denn Handlungen, die nur dem Schutz bestimmter - einzelner oder mehrerer - Personen zuwiderlaufen, überhaupt g e n e r e l l unerwünscht sein können. Das ist zu bejahen. Man muß die Frage, ob der Gesetzgeber eine bestimmte Handlungsweise von vornherein mißbilligt, trennen von der anderen Frage,

1 Vgl. Staudinger-Coing, § 135 Rdnr. 17.

welche Personen durch die Vorschrift geschützt werden sollen - die Allgemeinheit oder ein abgegrenzter Personenkreis. Ebenso, wie bei einem gerichtlichen Verbot - beispielsweise nach § 938 Abs. 2 ZPO - die betroffene Handlung unter gar keinen Umständen vorgenommen werden soll, obwohl nur der Schutz einer einzelnen Person bezweckt ist, kann auch auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift, die nur zugunsten einzelner besteht, eine bestimmte Handlungsweise generell unerwünscht sein. Mag man das Tatbestandsmerkmal "generelle Mißbilligung" beispielsweise bei § 7 KO, im Zusammenhang gesehen mit § 6 KO, für gegeben erachten[1] - der Gemeinschuldner verliert die Verfügungsbefugnis, weil er generell nicht mehr verfügen soll, um nicht die gemeinschaftliche Befriedigung der Konkursgläubiger zu gefährden oder zu vereiteln - bei den hier untersuchten Vorschriften des AktG liegt dieses Tatbestandsmerkmal nicht vor. Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann von den Gläubigern nur insoweit geltend gemacht werden, als sie von dieser keine Befriedigung erlangen können[2]. Letzteres tritt immer nur in Ausnahmefällen ein. Es besteht deshalb für den Gesetzgeber keine Veranlassung, über die unter B I, II behandelten Beschränkungen hinaus der Gesellschaft Verzichtsverträge und Vergleichsabschlüsse generell zu verbieten, nur um mit Rücksicht auf die Gläubiger für einen Fall Vorsorge zu treffen, von dem nicht feststeht, ob er überhaupt jemals und - gegebenenfalls - wann er eintreten wird.

Insofern besteht eine ähnliche Situation, wie sie § 161 BGB im Auge hat[3]. Auch dort ist es ungewiß, ob

---

1 Darüber, daß § 7 KO dennoch nicht nach § 135 BGB behandelt werden sollte, siehe oben.

2 §§ 93 Abs. 5 Satz 1, 117 Abs. 5 Satz 1, 309 Abs. 4 Satz 3.

3 Daß bei § 161 BGB absolute - nicht nur relative - Unwirksamkeit eintritt, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

die Bedingung eintritt, und deshalb wird demjenigen, der unter einer Bedingung verfügt hat (Abs. 1) bzw. auflösend bedingt berechtigt ist (Abs. 2), nicht eine weitere Verfügung verboten[1]; das angemessene Mittel, den im Falle des Eintritts der Bedingung Begünstigten zu schützen, ist vielmehr "die Anordnung, daß die ... zugunsten eines Dritten getroffene Verfügung im Falle des Eintritts der Bedingung ... insoweit unwirksam ist, als sie den Rechtserwerb des bedingt Berechtigten beeinträchtigen oder vereiteln würde"[2]. Gleiches gilt für die Gläubiger einer AG. Es besteht kein Grund, der Gesellschaft generell eine Verfügung der in Frage stehenden Art über ihre Ersatzansprüche zu untersagen. Sollte tatsächlich der Fall eintreten, daß die Gläubiger von der AG keine Befriedigung erlangen können, sind sie durch die gesetzliche Anordnung genügend geschützt, daß ihnen gegenüber die Ersatzpflicht des Schuldners durch einen Vergleich oder Verzicht der Gesellschaft nicht ausgeschlossen wird.

Die Vorschriften über die relative Unwirksamkeit hat der Gesetzgeber also gerade in dem Bewußtsein erlassen, daß die Gesellschaft nach Ablauf der Dreijahresfrist grundsätzlich unbeschränkt über ihre Ersatzansprüche verfügen kann[3]. Insofern enthalten auch die in diesem Abschnitt untersuchten Vorschriften des AktG Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen, jedoch im Gegensatz zu den unter B I und B II behandelten Bestimmungen keine Beschränkungen, die sich auf die Handlungsfreiheit der AG beziehen, sondern solche, die die rechtlichen Auswirkungen ihres Handelns betreffen.

---

1 A.A. anscheinend Erman-Hefermehl, § 161 Rdnr. 5, der von einem "gesetzlichen Verfügungsverbot des § 161" spricht; vgl. aber dagegen Staudinger-Coing, § 135 Rdnr. 16 am Ende sowie § 161 Rdnr. 3.

2 BGB-RGRK-Kuhn, § 161 Anm. 2.

3 Vgl. Baumbach-Hueck, § 93 Rdnr. 17.

IV. Die Gruppe "§ 128 Abs. 4"

In dieser Gruppe sind mit §§ 128 Abs. 4, 135 Abs. 11 und 168 Abs. 4 drei Vorschriften zusammengefaßt, deren Zusammengehörigkeit unter dem Blickwinkel der Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen nicht sogleich offenbar wird; sie haben bezüglich der Möglichkeit eines Verzichts und Vergleichs einen unterschiedlichen Wortlaut, und sowohl hinsichtlich der Ersatzverpflichteten als auch der Ersatzberechtigten handelt es sich um ganz verschiedene Personen. Es empfiehlt sich deshalb, die materiellrechtliche Regelung jeder dieser drei Vorschriften einzeln zu untersuchen.

1. Die materiellrechtliche Regelung

a) § 128 Abs. 4

In § 128 Abs. 4 handelt es sich - im Gegensatz zu allen bisher untersuchten Vorschriften - nicht um einen Anspruch der Gesellschaft, sondern um einen Schadensersatzanspruch des Aktionärs. Anspruchsgegener sind die Kreditinstitute. Es geht um die Ersatzverpflichtung des Kreditinstitutes, das Aktien der Gesellschaft für einen Aktionär verwahrt (Depotverwahrung) und dabei seine Pflichten aus § 128 Abs. 1 und 2 verletzt[1]. Es sind dies die Pflicht zur Weitergabe der Mitteilungen nach § 125 Abs. 1 (§ 128 Abs. 1) sowie die Pflichten, die § 128 Abs. 2 den Kreditinstituten im Zusammenhang mit der Ausübung des Stimmrechts auferlegt. Es soll in diesem Zusammenhang nicht näher auf

1 Darin liegt dann eine positive Vertragsverletzung des zwischen dem Aktionär und dem Kreditinstitut geschlossenen Verwahrungsvertrages, dessen Inhalt zwingend durch § 128 Abs. 1 und 2 ergänzt wird; vgl. Godin-Wilhelmi, § 128 Anm. 11.

die Frage eingegangen werden, für welche Kreditinstitute die Weitergabepflicht des § 128 Abs. 1 besteht[1]; wichtig ist für unser Problem nur, daß ein aus der Verletzung einer bestehenden Pflicht entstehender Schadensersatzanspruch des Aktionärs gegen das Kreditinstitut nach dem Wortlaut des Gesetzes "im voraus weder ausgeschlossen noch beschränkt werden" kann.

Im Schrifttum gibt es Stimmen, die nicht nur den Schadensersatzanspruch, sondern darüber hinaus auch die Pflicht zur Weitergabe (§ 128 Abs. 1) für unverzichtbar halten. Dies geschieht teilweise unter Berufung auf § 128 Abs. 4[2], teilweise unter Berufung auf den Wortlaut des § 128 Abs. 1[3] und teilweise wird es damit begründet, daß ein öffentliches Interesse an der Unterrichtung der Aktionäre durch die Gesellschaft bestehe, die Kreditinstitute bei dieser Information nur als verlängerter Arm der Gesellschaft aufträten und der einzelne Aktionär nicht über das öffentliche Interesse verfügen könne[4]. Diese Ansicht ist jedoch bestritten[5]. Da sich diese Arbeit auf Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen hinsichtlich solcher Ansprüche, die auf Leistung von Geld oder auf Sachleistun-

---

1 Hierbei geht es um die Frage, ob die Formulierung in § 128 Abs. 1 "die Mitteilungen nach § 125 Abs. 1" auch die Voraussetzung der angesprochenen Vorschrift mit einbeziehen will, ob also nur solchen Kreditinstituten die Pflicht auferlegt ist, die in der letzten HV Stimmrechte für Aktionäre ausgeübt oder die Mitteilung verlangt haben, oder ob die Pflicht für alle Kreditinstitute besteht, denen der Vorstand die Mitteilung macht; für letzteres: Gessler, Ernst, Betrieb 1966, Seite 216/17; ebenso Schmidt, BB 1967, Seite 818/19 (mit Überblick über den Streitstand); vgl. auch Bericht des Abgeordneten Dr. Wilhelmi zu BuTDruckS IV/3296, Seite 22 linke Spalte 3. Absatz sowie rechte Spalte letzter Absatz.

2 Siehe Gessler, Ernst, a.a.O., Seite 217; Gessler, Jörg, § 128 Anm. 1; wohl auch Baumbach-Hueck, §§ 125-128 Rdnr. 11.

3 Eckardt, Betrieb 1967, Seite 193/94.

4 Schmidt, a.a.O., Seite 819.

5 Dagegen z.B. Seifert, Die AG 1968, Seite 374, mit gutem Überblick über den Streitstand auf Seite 371.

gen gerichtet sind, beschränken will, braucht zu diesem Problem nicht abschließend Stellung genommen zu werden[1].

Festgehalten werden muß für das im Rahmen dieser Untersuchung interessierende Problem, daß der Wortlaut des § 128 Abs. 4 nur entgegensteht, sofern die Schadensersatzpflicht des Kreditinstitutes i m v o r a u s ausgeschlossen oder beschränkt werden soll. Ein nachträglicher Verzicht oder Vergleich ist demnach möglich. Weiterhin bedeutet das, daß diese Bestimmung zwar eine Verzichtsbeschränkung, nicht aber eine Vergleichsbeschränkung enthält, denn es kann wohl ein Verzicht im voraus - noch ehe der Anspruch entstanden ist - erklärt werden; ein Vergleich setzt jedoch begrifflich voraus, daß bereits ein (streitiger) Anspruch entstanden ist[2]. In der Formulierung "kann... weder ausgeschlossen noch beschränkt werden" bezieht sich der Ausdruck "beschränkt" also auf einen im voraus vorgenommenen teilweisen Erlaß, beispielsweise die Vereinbarung, auf den Betrag des Schadens zu verzichten, der eine bestimmte Summe übersteigt.

b) § 135 Abs. 11

§ 135 Abs. 11 stimmt im grundsätzlichen mit der Regelung in § 128 Abs. 4 überein. Auch hier handelt es sich um einen Schadensersatzanspruch des Aktionärs gegen das Kreditinstitut, welches Aktien für ihn verwahrt. Auch hier muß der Anspruch aus einer Verletzung der dem Kreditinstitut im Zusammenhang mit der Ausübung

1 Vgl. auch den vermittelnden Standpunkt bei Godin-Wilhelmi, § 128 Anm. 2.

2 Von dem Fall, daß die Parteien in einen Vergleich über einen schon entstandenen Anspruch etwa zukünftig noch entstehende Ansprüche mit einbeziehen, soll hier einmal abgesehen werden.

des Stimmrechts obliegenden Verpflichtungen (der Absätze 1, 2, 3, 5, 7, 8 oder 1o des § 135) entstanden sein[1]. Schließlich ist auch der Wortlaut der Vorschrift der gleiche wie bei § 128 Abs. 4: Die Ersatzpflicht des Kreditinstitutes kann im voraus weder ausgeschlossen noch beschränkt werden. Somit kann hinsichtlich der von der Vorschrift aufgestellten Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen auf die vorangehende Erörterung unter a) verwiesen werden.

c) § 168 Abs. 4

Bei der Regelung des § 168 Abs. 4 treten die eingangs schon erwähnten Unterschiede zu den unter a) und b) behandelten Vorschriften auf. § 168 Abs. 4 hat die Schadensersatzpflicht der Abschlußprüfer und der Personen, die daneben in Abs. 1 der Vorschrift genannt sind, zum Gegenstand. Der Anspruchsberechtigte ist nicht der Aktionär, sondern die Gesellschaft bzw. das herrschende oder abhängige Unternehmen. Schließlich ist auch die Möglichkeit eines Ausschlusses oder einer Beschränkung der Ersatzpflicht zumindest dem Wortlaut nach anders geregelt als in §§ 128, 135. Es heißt hier generell, daß die Ersatzpflicht durch Vertrag weder ausgeschlossen noch beschränkt werden kann. Es fehlt also die Eingrenzung auf im voraus getroffene Abreden. Die Formulierung "durch Vertrag" sagt nichts darüber aus, ob der Vertrag vor oder nach der Entstehung des Anspruchs abgeschlossen wird, so daß auch ein nachträglicher Ausschluß (bzw. eine Beschränkung) von der Regelung des § 168 Abs. 4 betroffen zu sein scheint.

---

1 Auch hier handelt es sich - wie bei § 128 Abs. 4 - um eine positive Vertragsverletzung des zwischen dem Aktionär und dem Kreditinstitut bestehenden Vertragsverhältnisses; vgl. Baumbach-Hueck, § 135 Rdnr. 22.

Dennoch wendet die ganz h.M. diese Vorschrift nur auf i m v o r a u s getroffene Abreden an. N a c h der Entstehung des Anspruchs der Gesellschaft soll ein Verzicht bzw. eine Einschränkung möglich sein[1]. Diese Meinung ist offenbar so gefestigt, daß ihre Vertreter darauf verzichten, eine nähere Begründung zu geben. Es muß aber gefragt werden, ob diese Auslegung sachgemäß ist. Was den Wortlaut betrifft, so gibt er für sie nichts her; jedoch steht er einer solchen Interpretation auch nicht entgegen. Insbesondere läßt sich der Auslegung der Wendung "durch Vertrag" als "durch im voraus vorgenommenen Vertrag" nicht entgegenhalten, daß der Gesetzgeber, wenn er eine so einschränkende Bedeutung im Auge gehabt hätte, dieses auch klar und deutlich zum Ausdruck gebracht hätte, wie es beispielsweise in §§ 128 Abs. 4, 135 Abs. 11 geschehen sei; ein solches argumentum e contrario überzeugt deshalb nicht, weil die beiden zuletzt genannten Vorschriften wesentlich jüngeren Datums sind. Sie haben erst mit dem AktG von 1965 Eingang in das Aktienrecht gefunden. Daß die amtliche Begründung zum Entwurf eines AktG zu § 156 Abs. 4 des Entwurfes lediglich bemerkt, dieser Absatz stimme mit § 141 Abs. 4 des AktG 1937[2] überein[3], spricht dafür, daß diese einschränkende Bedeutung vom Gesetzgeber gewollt war, denn ihm muß die Auslegung, die § 141 Abs. 4 des AktG 1937 erfuhr, bekannt gewesen sein, so

---

1 Siehe Brönner in Großkommentar zum AktG, § 168 Anm. 19; Baumbach-Hueck, § 168 Rdnr. 9; Claussen in Kölner Kommentar zum AktG, § 168 Rdnr. 19; Godin-Wilhelmi, § 168 Anm. 7; Mellerowicz in Großkommentar zum AktG, 2. Aufl., § 141 Anm. 19; Teichmann-Koehler, § 141 Anm. 3; Schlegelberger-Quassowski, § 141 Rdnr. 1o; Ritter, § 141 Anm. 5 i.V. mit § 42 Anm. 11; Adler-Düring-Schmaltz, II. Band, § 168 Rdnr. 45.

2 Der wiederum mit § 168 Abs. 4 AktG identisch ist.

3 Siehe BuTDruckS IV/171, Seite 184, rechte Spalte.

daß man bei dieser Vorschrift eine Klarstellung erwartet hätte, wenn auch nachträgliche Verträge über die Ersatzpflicht von der Regelung hätten betroffen sein sollen.

Stellt man auf den Zweck der Regelung ab, so muß zunächst einmal festgehalten werden, daß die Abschlußprüfer, die am Ende des Geschäftsjahres die Tätigkeit der Geschäftsführung zu kontrollieren haben, eine für die Gesellschaft äußerst wichtige Aufgabe erfüllen. Es läßt sich also nicht argumentieren, die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses bzw. einer Haftungsbeschränkung könne in § 168 großzügiger bemessen sein als beispielsweise in §§ 5o, 93, 3o9, weil die Abschlußprüfer im Gegensatz zu den Gründern, den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern und den gesetzlichen Vertretern eines herrschenden Unternehmens keinen Einfluß auf die Gesellschaft hätten und deshalb die Gefahr eines schädigenden Verhaltens nicht in dem Maße gegeben sei. Bei der Prüfung, die eine Rechnungslegungsprüfung[1] ist, sollen ja gerade unlautere Machenschaften der Geschäftsführung, die - blieben sie unentdeckt - sich schädigend auswirken würden, ans Licht gebracht werden. Geschieht das nicht, so wirkt sich dieses Versäumnis der Prüfer in gleicher Weise schädigend aus wie die eigentliche Handlung; endgültig entsteht der Schaden gerade erst durch das Verschulden der Prüfer. Von der ausgeübten Funktion her läßt sich also nicht sagen, daß die Tätigkeit der Abschlußprüfer weniger "schadensgeneigt" sei. Wohl aber ist zu beachten, daß die Abschlußprüfer - ungeachtet des Streits darüber, ob sie eine Organstellung innehaben oder nicht[2] - in-

1 BGHZ 16, 17, 22/23.

2 Vgl. dazu die überzeugende Argumentation von Brönner in Großkommentar zum AktG, § 163 Anm. 8, der gegen die h.M. - vgl. Hueck, § 24 I (Seite 139) - und gegen BGHZ 16, 17, 25 den Abschlußprüfer nicht als Organ der AG betrachtet.

sofern außerhalb der Gesellschaft stehen, als sie unabhängig und unbefangen sein müssen[1]. Wenn die Forderung, daß sie kein eigenes Interesse am Ergebnis der Abschlußprüfung haben sollen[2], erfüllt ist, so besteht kaum die Gefahr, daß sie Mängel bei der Rechnungslegung bewußt unerwähnt lassen oder vertuschen. Hinzu kommt, daß § 4o3 vorsätzliches Handeln unter Strafe stellt. Die Unmöglichkeit eines im vorhinein vorgenommenen Haftungsausschlusses (bzw. einer Haftungsbeschränkung) dient also vornehmlich dazu, Fahrlässigkeit der Abschlußprüfer zu verhindern, sie vielmehr zu einer ordnungsgemäßen und gewissenhaften Prüfung anzuhalten, denn sie können ja nicht wissen, ob ihnen die im Falle ihres Verschuldens entstehende Ersatzpflicht nachträglich erlassen wird. Insoweit hat die Vorschrift des § 168 Abs. 4 durchaus ihren guten Sinn (zumal das Gesetz selbst unbilligen Härtefällen dadurch vorbeugt, daß es in Abs. 2 eine Beschränkung der Höhe nach vornimmt, wenn nur Fahrlässigkeit vorgelegen hat).

N a c h Entstehung des Ersatzanspruchs besteht aber kein Bedürfnis mehr für eine solche Regelung, denn dann hat sie ihren "erzieherischen Zweck" schon erfüllt bzw. verfehlt. In der Regel wird einem Abschlußprüfer, zumindest wenn er vorsätzlich gehandelt hat, die Ersatzpflicht ohnehin nicht erlassen werden; auch wird sich der Vorstand hüten, eigenmächtig die Ersatzpflicht zu erlassen, denn dann tauchte die Frage auf, inwieweit er selbst sich dadurch schadensersatzpflichtig gemacht hat[3]. Es soll daher der herrschenden Mei-

---

1 Siehe § 163 Abs. 2, § 164 Abs. 2 und 3; vgl. auch Abschnitt I der "Richtlinien der Wirtschaftsprüferkammer für die Berufsausübung", abgedruckt bei Adler-Düring-Schmaltz, II. Band, § 163 Rdnr. 32 a.

2 Adler-Düring-Schmaltz, II. Band, § 163 Rdnr. 32 (Seite 2oo).

3 Vgl. Brönner in Großkommentar zum AktG, § 168, Anm. 19.

nung beigepflichtet werden, die in § 168 Abs. 4 lediglich ein Verbot v o r h e r i g e n Haftungsausschlusses (bzw. vorheriger Haftungsbeschränkung, die über § 168 Abs. 2 hinausgeht) erblickt, im übrigen aber Verzicht und Vergleich für zulässig hält, wobei es sich ohnehin immer nur um besondere Ausnahmefälle handeln wird[1].

Somit ergibt sich, daß trotz anderen Wortlautes § 168 Abs. 4 materiell die gleiche Regelung trifft wie §§ 128 Abs. 4, 135 Abs. 11, daß nämlich die Ersatzpflicht durch Vertrag im voraus weder ausgeschlossen noch beschränkt werden kann. Es wird also auch durch diese Vorschrift nur eine V e r z i c h t s beschränkung aufgestellt. Insoweit kann auf die Erörterung zu § 128 Abs. 4 (oben unter a) verwiesen werden.

2. Die materiellrechtlichen Konsequenzen

Es ist zu überlegen, was gelten soll, wenn entgegen einer der drei Vorschriften im vorhinein ein Verzicht auf etwa entstehende Schadensersatzansprüche vereinbart wird.

a) § 128 Abs. 4

§ 128 will sicherstellen, daß der Aktionär wenigstens einmal im Jahr über seine Gesellschaft informiert wird[2]. Weiterhin soll der Einfluß des einzelnen Aktionärs auf das aus seiner Aktie sich ergebende Stimmrecht gewähr-

1 Siehe das Beispiel bei Claussen in Kölner Kommentar zum AktG, § 168 Rdnr. 19.

2 Vgl. hierzu die amtliche Begründung zum Entw. eines AktG, BuTDruckS IV/171, Seite 94 (unter III, vorletzter Absatz).

leistet sein[1]. Dahinter steht die Absicht, die Aktionäre für die Gesellschaft zu reaktivieren[1], sie wieder näher "an die Gesellschaft heranzuführen und sie als gesellschaftsinterne Machtfaktoren zur Geltung zu bringen"[2] im Sinne einer gesellschaftsinternen Machtbalance, womit u.U. einer zu weitgehenden Konzentration im Wirtschaftsleben vorgebeugt werden kann[3]. Deshalb liegen die Zielsetzungen des § 128 - zumindest auch - im öffentlichen Interesse, nicht nur im Interesse des einzelnen Aktionärs. Ohne die Vorschrift des § 128 Abs. 4 könnten die Kreditinstitute durch allgemeine Geschäftsbedingungen[4] ihre Haftung im voraus ausschließen und würden mit Sicherheit von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Dann würde der Verdacht genährt, daß die Banken das Stimmrecht nicht so sehr im Interesse der Aktionäre als vielmehr im eigenen Interesse ausüben[5]. Ein Haftungsausschluß schon im voraus erschien daher dem Gesetzgeber in Anbetracht der verfolgten Ziele gerade unerwünscht. Die Haftungsfreistellungen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute, die diese als der wirtschaftlich stärkere Partner aufzustellen pflegen und auch durchsetzen können, sollten eben nicht eingreifen[6]. Ein Verstoß gegen § 128 Abs. 4 muß deshalb zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen.

---

1 Siehe Fußnote 2, Seite 54.
2 Großfeld, S. 191.
3 Großfeld, S. 19o.
4 Vgl. Bericht des Abgeordneten Dr. Wilhelmi zu BuT-DruckS IV/3296, zu § 129 (Seite 25, letzter Absatz).
5 Vgl. Bericht des Abgeordneten Dr. Wilhelmi zu BuTDruckS IV/3296, zu § 129 (Seite 24).
6 Vgl. Barz in Großkommentar zum AktG, § 128 Anm. 16.

b) § 135 Abs. 11

Die Regelungen in § 135 sind zum Teil ein Ausfluß des im Laufe der Zeit aufgekommenen Mißtrauens gegen das Depotstimmrecht der Banken[1]. Das ergibt sich ziemlich unmißverständlich aus der amtlichen Begründung zum Entwurf eines AktG[2]. Man wollte die Ausübung des Stimmrechts im Sinne der Aktionäre wirksamer gestalten. Da aber die Verletzung eines großen Teils der in § 135 enthaltenen Vorschriften die Stimmabgabe nicht etwa unwirksam werden läßt[3], muß wenigstens ein im voraus vorgenommener Erlaß der Schadensersatzpflicht verhindert werden, wenn die Vorschriften des § 135 nicht gänzlich bedeutungslos werden sollen. Ein dennoch im vorhinein vereinbarter Ausschluß der Schadensersatzpflicht ist deshalb unwirksam.

c) § 168 Abs. 4

Wenn § 168 Abs. 4 anordnet, daß die Schadensersatzpflicht der Abschlußprüfer gegenüber der Gesellschaft im voraus weder ausgeschlossen noch beschränkt werden kann, so soll zum einen die AG davor bewahrt werden, schon zu einem Zeitpunkt auf etwas zu verzichten, zu dem noch gar nicht erkennbar ist, ob die Prüfer sich schädigend verhalten werden und - gegebenenfalls - wie hoch der Schaden sich belaufen wird, so daß noch gar nicht abzusehen ist, wie sich dieser Verzicht auf die Kapitallage der Gesellschaft auswirken wird. Zum anderen soll - wie schon gesagt[4] - erreicht werden, daß die Prüfer nicht auf Grund eines vorzeitigen Haf-

---

1 Siehe Baumbach-Hueck, § 135 Anm. 2.
2 Siehe BuTDruckS IV/171, Seite 94 (unter III, vorletzter Absatz) sowie zu § 129 (Seite 157 ff.); vgl. auch Bericht des Abgeordneten Dr. Wilhelmi zu BuTDruckS IV/3296, zu § 129 (Seite 24 f.).
3 Siehe § 135 Abs. 6.
4 Siehe unter 1 c.

tungsausschlusses in Sorglosigkeit verfallen, sondern ihre für die Gesamtheit der Aktionäre so wichtige Aufgabe mit aller gebotenen Sorgfalt und Genauigkeit ausführen.

Beide Zielsetzungen dienen dem Schutz der Gesellschaft und der Aktionäre. Ein im voraus vereinbarter Ausschluß der Schadensersatzpflicht muß daher unwirksam sein.

3. Ergebnis

Die Prüfung der materiellrechtlichen Regelung unter 1. hat gezeigt, daß trotz abweichenden Wortlautes alle drei Vorschriften die gleiche Regelung treffen. Sie untersagen einen im voraus vereinbarten Haftungsausschluß bzw. eine im voraus vereinbarte Haftungsbeschränkung. Nach Entstehung des Anspruchs können Erlaßverträge und Vergleiche vorgenommen werden. Hinsichtlich der im Rahmen dieser Arbeit interessierenden Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen muß festgehalten werden, daß bei diesen Vorschriften nur eine Verzichtsbeschränkung vorliegt, da ein Vergleich im voraus - d.h. vor Entstehung eines Anspruchs - sinnvollerweise nicht geschlossen werden kann.

V. Zusammenfassung

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß ein Teil der Vorschriften kein Verbot für Erlaßverträge und Vergleichsabschlüsse aufstellt (Gruppe "§ 93 Abs. 5 Satz 3"; siehe unter B III), daß ein anderer Teil den gänzlichen oder teilweisen Erlaß verbietet (allerdings nur dann, wenn er im voraus vorgenommen wird), den Vergleich aber nicht betrifft (Gruppe "§ 128 Abs. 4"; siehe unter B IV) und daß eine Vorschrift ein Verzichtsverbot aufstellt, dem u.U. auch ein Vergleich unterfallen kann (§ 66 Abs. 1 Satz 1; siehe unter B II). Andere Vorschriften schließlich gestatten ihrem ausdrücklichen Wortlaut nach unter bestimmten Voraussetzungen weder Verzicht noch Vergleich (Gruppe "§ 5o"; siehe unter BI).

Es ist weiterhin festgestellt worden, daß, soweit das Verbot reicht, jegliches Zuwiderhandeln zur Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts führt; lediglich bei fehlender Zustimmung ist in der Gruppe "§ 5o" zunächst schwebende Unwirksamkeit die Rechtsfolge. Außerdem tritt bei den untersuchten Vorschriften, die kein Verbot enthalten (Gruppe "§ 93 Abs. 5 Satz 3") hinsichtlich der abgeschlossenen Verzichtsverträge und Vergleiche eine vom Gesetz unmittelbar angeordnete - relative - Unwirksamkeit ein.

TEIL C: DIE PROZESSRECHTLICHE PROBLEMATIK

I. Prozeßvergleich, Klageverzicht und Klaganerkenntnis als Projektion des materiellrechtlichen Vergleichs und Erlaßvertrages in das Prozeßrecht

In diesem Teil der Arbeit ist zu klären, wie sich die nach dem AktG beim materiellrechtlichen Vergleich und Erlaßvertrag eintretende Nichtigkeit, schwebende Unwirksamkeit oder relative Unwirksamkeit auf die prozessualen Gegenstücke dieser Rechtsgeschäfte, nämlich den Prozeßvergleich, den Klageverzicht und das Klaganerkenntnis auswirken. Zunächst soll kurz aufgezeigt werden, inwieweit die drei angeführten Parteihandlungen sich auf die entsprechenden materiellrechtlichen Rechtsgeschäfte zurückführen lassen.

1. Der Prozeßvergleich

Der Prozeßvergleich ist nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ein Vergleich, der von den Parteien vor Gericht zur Beilegung des Rechtsstreits abgeschlossen wird. Es ist streitig, ob diese Formulierung in der ZPO die vollständige Definition des Prozeßvergleichs enthält oder ob damit Bezug genommen ist auf § 779 BGB. Falls letzteres zutrifft, müßten auch die dort für den Vergleich aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sein. Das betrifft insbesondere die Frage, ob beim Prozeßvergleich auch gegenseitiges Nachgeben erforderlich ist.

Aufbauend auf der Ansicht, daß die volle Begriffsbestimmung des Prozeßvergleichs in § 794 Abs. 1 Nr. 1 enthalten ist, meinen Baumbach-Lauterbach in Überein-

stimmung mit einigen anderen Autoren, daß gegenseitiges Nachgeben unnötig sei[1]. Was die Meinung von Baumbach-Lauterbach betrifft, wäre zu untersuchen, inwieweit sie auf der dort vertretenen These beruht, daß der Prozeßvergleich rein prozessualer Natur sei[2], eine Frage, auf die an späterer Stelle noch ausführlich einzugehen sein wird. Wieczorek gibt keine nähere Begründung für seine Meinung[3]. Blomeyer führt aus, schon nach materiellem Recht müsse die Wirksamkeit eines Feststellungsvertrags anerkannt werden, in dem der Streit durch einseitiges Nachgeben beigelegt wird. Ein solcher Vertrag weiche - wie sich aus § 782 BGB ergebe - nur im Formbedürfnis vom Vergleich ab[4]. Diese Behauptung läßt sich jedoch nicht halten. Wenn § 782 BGB davon spricht, daß ein Schuldanerkenntnis "im Wege" des Vergleichs erteilt wird, so macht das deutlich, daß ein Anerkenntnis eben noch kein Vergleich ist. Vielmehr entspricht auch hier der Begriff "Vergleich" dem des § 779 BGB[5]. Es ist nicht zu erkennen, daß beim Vergleich auf das Merkmal gegenseitigen Nachgebens verzichtet worden wäre[6]. Auch läßt sich nicht einwenden, daß in dem Fall, da ein uneingeschränktes Schuldanerkenntnis abgegeben wird, gar kein Nachgeben der Gegenseite mehr möglich sei. Das ist aus zweierlei Gründen unrichtig. Zum einen kann sich das Nachgeben der "obsiegenden" Seite auf die Zahlungsmodalitäten beziehen[7] (A erkennt den Anspruch an, B räumt

---

1 B-L, Anhang nach § 3o7, Anm. 2 A; im Ergebnis ebenso: Wieczorek, § 794 Anm. C III b; Blomeyer, Lb., § 65 III 2 (S. 324); H. Lehmann, Prozeßvergleich, Seite 84/85 .
2 B-L, Anhang nach § 3o7, Anm. 2 A.
3 Vgl. Wieczorek, § 794 Anm. C III b sowie Handkommentar, § 794 Anm. C III b.
4 Blomeyer, Lb., § 65 III 2 (Seite 324).
5 Soergel-Lippisch, § 782 Rdnr. 6.
6 Vgl. auch RGZ 116, 143, 146; 146, 355, 358.
7 Enneccerus-Lehmann, § 198 I 2 (Seite 811); siehe auch BGHZ 39, 6o, 63.

dafür Stundung ein oder gewährt Ratenzahlung), zum anderen können von den Parteien gegenseitig Schuldanerkenntnisse erteilt werden (A erkennt den Anspruch des B an, B erkennt einen Anspruch des A an); letztere Möglichkeit besteht deshalb, weil in einen Vergleich sämtliche zwischen den Parteien streitigen Rechtsverhältnisse einbezogen werden können[1].

Heinrich Lehmann schließlich weist nur nach, daß es "einseitige Feststellungsverträge" gibt, darunter versteht er solche, bei denen allein eine Partei nachgibt, um ein Rechtsverhältnis außer Streit zu setzen; damit ist jedoch noch nicht bewiesen, daß es sich hierbei um einen Vergleich und nicht um ein Schuldanerkenntnis handelt[2]. Ein näheres Eingehen auf die umfangreiche und tiefschürfende Argumentation Heinrich Lehmanns[3] erscheint an dieser Stelle nicht erforderlich, da die Gegenmeinung, die am Erfordernis des gegenseitigen Nachgebens auch für den Prozeßvergleich festhält, im Ergebnis kaum abweicht.

Beim Prozeßvergleich vermehren sich nämlich die Möglichkeiten für ein Nachgeben. Anders als beim privatrechtlichen Vergleich kann sich das Nachgeben der Parteien nicht nur auf den materiellrechtlichen Anspruch oder die Modalität seiner Befriedigung (Ratenzahlung, Stundung usw.) beziehen, sondern auch lediglich auf die Übernahme der Prozeßkosten[4]. Darüber hinaus soll

---

1 Enneccerus-Lehmann, § 198 IV 2 (Seite 812); Esser, § 91 II 3 (Seite 25o).

2 Vgl. H. Lehmann, Prozeßvergleich, Seite 84 ff.; daß auch beim Schuldanerkenntnis durchaus der Wille gegeben sein kann, eine feststellende Wirkung zu erzielen, betont H. Lehmann selber auf S. 91.

3 Er will beim materiellrechtlichen Vergleich ausdrücklich nicht auf das Erfordernis gegenseitigen Nachgebens verzichten, kommt aber über eine analoge Anwendung der beim Vergleich geltenden Grundsätze auf einseitige Feststellungsverträge dazu, daß beim Prozeßvergleich gegenseitiges Nachgeben entbehrlich sei; vgl. insbesondere Seite 96/97.

4 Stein-Jonas-Münzberg, § 794 Anm. II 1 d; Thomas-Putzo, § 794 Anm. II 4 b; Rosenberg-Schwab, § 132 I 6 (Seite 665); Schönke-Kuchinke, § 72 II (Seite 323); Bonin, Seite 11.

es beim Prozeßvergleich schon als Nachgeben anzusehen sein, wenn die Partei lediglich auf eine ihr zustehende prozessuale Möglichkeit verzichtet, namentlich auf die Erlangung eines Urteils[1], wobei jedoch bisweilen eine Differenzierung vorgenommen wird: Vereinbaren die Parteien die Rücknahme von Klage und Widerklage, so soll noch von einem Prozeßvergleich gesprochen werden können[2]; liegt der Fall jedoch so, daß der Kläger die Klage unter Übernahme der Prozeßkosten zurücknimmt, so soll es sich nicht um einen Prozeßvergleich, sondern stets nur um eine Klagerücknahme handeln[3]. (Anders ist der Fall freilich wieder zu beurteilen, wenn Klagerücknahme mit Kostenteilung vereinbart wird.)

Es zeigt sich, daß bei einem solch weiten Begriff des "Nachgebens" die Unterschiede zu der Meinung, die das Nachgeben für entbehrlich hält, nicht groß sind. Die extremen Vertreter der weiten Auslegung, die den blo-

---

1 Stein-Jonas-Münzberg, § 794 Anm. II 1 d; Thomas-Putzo, § 794 Anm. II 4 b; Rosenberg-Schwab, § 132 I 6 (Seite 665); Nikisch, § 7o I 2 (Seite 273); Baumgärtel, Seite 196; a.A. Schönke-Kuchinke, § 72 II (Seite 323).

2 Rosenberg-Schwab, § 132 I 6 (Seite 665) gegen OLG Naumburg, JW 1935, 2519; a.A. Wieczorek, § 794 Anm. C III a 1.

3 Stein-Jonas-Münzberg, § 794 Anm. II 1 a; Rosenberg-Schwab, § 132 I 6 (Seite 665); BAG 6, 251, 253; Rosenberg, Anm. zu BAG 6, 251 in JZ 1959, 23, 24; RGZ 2o, 414, 416 in einem Fall, da der Kläger v o r der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache die Klage zurückgenommen hatte, die Einwilligung des Beklagten also gar nicht erforderlich war, aber gleichwohl vorgelegen hatte; ferner Lent-Jauernig, § 48 II (Seite 149), die sich insoweit zu Unrecht auf BGH NJW 69, 148o, 1481 berufen, denn dabei ging es um den Fall der Rechtsmittelzurücknahme, nicht um eine Klagerücknahme; der entscheidende Unterschied liegt darin, daß bei jener das Urteil in Wirkung bleiben soll (daher kein Prozeßvergleich, denn bei ihm "ist für ein Urteil kein Raum mehr"; Nikisch, § 7o III 1, Seite 274, bei dieser aber keine gerichtliche Entscheidung mehr erwünscht ist und ein etwa schon ergangenes Urteil hinfällig wird.

ßen Verzicht auf ein Urteil ausreichen lassen[1], unterscheiden sich im Ergebnis überhaupt nicht mehr von der Gegenmeinung. Da aber in der ZPO der Ausdruck "Vergleich" dort, wo er auftaucht[2], nie definiert, sondern offenbar immer als feststehender Begriff verwendet wird, ist nicht anzunehmen, daß die ZPO einen anderen Vergleich als den des Bürgerlichen Gesetzbuches, wie er in § 779 BGB definiert ist, im Auge hat.

Es ist deshalb mit der herrschenden Meinung daran festzuhalten, daß auch beim Prozeßvergleich gegenseitiges Nachgeben erforderlich ist[3], daß aber, wenn der Vergleich im Prozeß geschlossen wird, die Möglichkeiten des Nachgebens auch auf den prozessualen Bereich ausgedehnt werden[4]. Der Prozeßvergleich ist somit das prozessuale Gegenstück des privatrechtlichen Vergleichs; wird dieser in den Prozeß verlagert, handelt es sich um einen Prozeßvergleich. Diese Feststellung legt die Vermutung nahe, daß materiellrechtliche Unwirksamkeitsgründe auch den Prozeßvergleich nicht unberührt lassen.

---

1 Stein-Jonas-Münzberg, § 794 Anm. II 1 d; Thomas-Putzo, § 794 Anm. II 4 b; Zöller-Scherübl, § 794 Anm. 1 a; Bruns, § 3o III 1 (Seite 258); Nikisch, § 7o I 2 (Seite 273); Goldschmidt, Lb., § 61, 3 (Seite 2o2); Bonin, Seite 11; Baumgärtel, Seite 196.

2 Siehe §§ 794 Abs. 1 Nr. 1; 81; 83 Abs. 1; 98; 141 Abs. 3 Satz 2; 16o Abs. 2 Satz 1; 349 Abs. 1 Satz 2.

3 Stein-Jonas-Münzberg, § 794 Anm. II 1 d; Thomas-Putzo, § 794 Anm. II 4 b; Zöller-Scherübl, § 794 Anm. 1 a; Bruns, § 3o III 1 (Seite 258); Rosenberg-Schwab, § 132 I 6 (Seite 665); Nikisch, § 7o I 2 (Seite 273); Schönke-Kuchinke, § 72 II (Seite 323); Goldschmidt, Lb., § 61, 3 (Seite 2o2); Baumgärtel, Seite 196.

4 Siehe auch Esser, Prozeßvergleich, III 1 (Seite 722).

2. Der Klageverzicht

Beim Klageverzicht, der nach herrschender Meinung[1] lediglich Prozeßhandlung ist[2], ergeben sich - eben nach dieser Meinung - gewisse Unterschiede zum materiellrechtlichen Verzicht. Dieser führt eine Änderung der materiellen Rechtslage herbei. Der Klageverzicht bezieht sich unmittelbar auf den Streitgegenstand, nicht nur auf dessen prozessuale Geltendmachung, wodurch er sich von der Klagerücknahme unterscheidet, mit der er nicht verwechselt werden darf[3]. Infolgedessen ergeht gemäß § 3o6 ZPO ein dem Verzicht entsprechendes Sachurteil, was wiederum zur Folge hat, daß der Kläger den gleichen Anspruch nicht noch einmal gerichtlich geltend machen kann; dem stünde die materielle Rechtskraft des Urteils entgegen.

Es ergibt sich also folgendes. Beim privatrechtlichen Verzicht wird die materielle Rechtslage geändert, der Verzichtende ist aber theoretisch nicht gehindert, in einem Prozeß ein Leistungs- oder Feststellungsurteil anzustreben, das mit der von ihm geschaffenen Rechtslage in Widerspruch steht. Beim Klageverzicht wird nach der Theorie der reinen Prozeßhandlung die materiellrechtliche Lage nicht geändert, der verzichtende Kläger kann aber auf Grund der Rechtskraftwirkung kein Urteil mehr anstreben, auch wenn sein Klagebegehren der - unveränderten - Rechtslage entspräche[4].

Praktisch gesehen wirken sich diese Unterschiede jedoch kaum aus, denn - einfacher ausgedrückt - kann man

---

1 Siehe die Nachweise bei Lent-Jauernig, § 47 VI (Seite 147).
2 Ob diese Ansicht der Rechtslage entspricht, soll später geprüft werden.
3 Zur Abgrenzung zwischen Klagerücknahme und Klageverzicht siehe BGHZ 22, 267, 271.
4 Vgl. Nikisch, § 66 III 4 (Seite 261).

es so formulieren: Im einen Fall besteht kein Recht mehr, im anderen Fall besteht es möglicherweise noch, jedoch kann es nicht durchgesetzt werden. Im ersten Fall wird sich der Verzichtende in aller Regel hüten, eine Klage zu erheben, mit der er sich in Widerspruch zu seiner eigenen Erklärung setzt (es sei denn, er hat eine Möglichkeit, die Rechtsänderung ungeschehen zu machen, beispielsweise durch Anfechtung seiner Verzichtserklärung wegen Drohung; aber dann hätte es im Falle des Klageverzichts meist auch die Möglichkeit der Restitutionsklage gemäß § 58o Nr. 4 ZPO). Im zweiten Fall würde das trotz des vorgenommenen Klageverzichts eventuell bestehende Recht wegen der mangelnden Durchsetzbarkeit nichts nützen. Wegen der praktisch gleichen Auswirkungen[1] erscheint es sachgemäß, den Klageverzicht als Projektion des privatrechtlichen Verzichts in den Prozeß zu betrachten. Das mag zu wachsamer Prüfung veranlassen, inwieweit Unwirksamkeitsgründe, die einen materiellrechtlichen Verzicht verhindern, auch einem Klageverzicht entgegenstehen.

3. Das Klaganerkenntnis

a) Das Klaganerkenntnis als "umgekehrte Parallele" zum Klageverzicht

Hinsichtlich des Klaganerkenntnisses ist kurz zu erläutern, wie es sich in das Thema "Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen" einordnet, insbesondere, wieso es als Projektion eines dieser beiden materiellrechtlichen Rechtsgeschäfte in den Prozeß betrachtet werden kann. Das Verhältnis zwischen privatrechtlichem Verzicht und Klageverzicht ist oben unter 2. dargelegt worden.

1 Vgl. Pohle, JZ 1956, 55.

Den entscheidenden Hinweis liefert § 397 BGB selber, indem er in Absatz 2 bestimmt, daß ein vertragliches Anerkenntnis negativen Inhalts dem Erlaßvertrag gleichsteht[1]. Dementsprechend steht im prozessualen Bereich der Klageverzicht des Gläubigers auf einer Stufe mit einem von ihm abgegebenen Klaganerkenntnis gegenüber der negativen Feststellungsklage des Schuldners[2]. Beides hat nämlich den gleichen Effekt[3]: In jedem Fall verzichtet der Gläubiger auf die Geltendmachung einer ihm möglicherweise gegen den Schuldner zustehenden Forderung[4]. Das Klaganerkenntnis auf die negative Feststellungsklage des Schuldners ist gewissermaßen die "umgekehrte Parallele"[5] zum Klageverzicht bei der positiven Feststellungs- oder der Leistungsklage des Gläubigers. Da es sich um die gleiche Erscheinung - nur mit umgekehrten Vorzeichen - handelt[6], kann grundsätzlich für das negative Klaganerkenntnis - und nur um solche Klaganerkenntnisse handelt es sich in dem hier interessierenden Zusammenhang - das gleiche gelten, was unter 2. zum Klageverzicht gesagt worden ist.

b) Fehlendes Feststellungsinteresse bei Klaganerkenntnis?

Es besteht dennoch beim Klaganerkenntnis eine prozeßrechtliche Besonderheit, auf die kurz eingegangen werden soll. Da es im Rahmen der hier zu untersuchenden

1 Vgl. Düringer-Hachenburg, § 2o5 Anm. 5.
2 Vgl. Baumgärtel, § 2o I (Seite 142).
3 Vgl. Rosenberg-Schwab, § 134 V 1 (Seite 695).
4 In einem bestimmten Fall wird ein Anerkenntnis sogar als Klageverzicht gewertet; nämlich dann, wenn der Kläger als Berufungsbeklagter den auf Klageabweisung lautenden Antrag des Beklagten und Berufungsklägers anerkennt; siehe Thomas-Putzo, § 3o6 Anm. d.
5 Pohle, JZ 1956, 55 spricht von "Parallelen, die in entgegengesetzter Richtung laufen".
6 Arens, § 17 (Seite 2o5), spricht von "Spiegelbildern".

aktienrechtlichen Problematik sich nur um Anerkenntnisse gegenüber einer - negativen - Feststellungsklage handeln kann, ist zu fragen, ob insoweit überhaupt ein Anerkenntnis mit der Folge eines Anerkenntnisurteils gemäß § 3o7 ZPO möglich ist. Das kann deshalb zweifelhaft sein, weil § 256 ZPO bestimmt, daß eine Feststellungsklage nur dann erhoben werden kann, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung hat. Dieses Feststellungsinteresse ist Sachurteilsvoraussetzung[1]. Solche Prozeßvoraussetzungen müssen in der Regel noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen[2]. Bei der leugnenden Feststellungsklage liegt das Feststellungsinteresse nur vor, wenn und soweit sich der Beklagte eines Rechtes gegen den Kläger berühmt[3]. Gibt im Laufe des Prozesses der Beklagte ein negatives Klaganerkenntnis ab, so entfällt damit das Feststellungsinteresse. In Fällen, in denen bei einer auf Feststellung gerichteten Klage das Feststellungsinteresse im Laufe des Prozesses fortfällt - selbst wenn es zunächst vorgelegen hat - pflegt die Rechtsprechung die Klage wegen - nunmehr - fehlenden Feststellungsinteresses durch Prozeßurteil als unzulässig abzuweisen, und zwar auch dann, wenn der Streit deshalb keiner Entscheidung mehr bedarf, wei der Beklagte plötzlich erklärt, mit der Ansicht des Klägers übereinzustimmen[4].

Ob dieser überraschende Schluß, so zwangsläufig er sich auch aus den allgemein anerkannten Grundsätzen über die Prozeßvoraussetzungen zu ergeben scheint,

---

1 Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 256 Anm. III.
2 Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 256 Anm. IV 7; B-L, § 256 Anm. 3 A; Thomas-Putzo, Vorbemerkung III A 1 n vor § 253; BGH WPM 68, 762, 763.
3 B-L, § 256 Anm. 3 C.
4 Vgl. BGH WPM 68, 762, 763; BGHZ 18, 98, 1o6/7; OLG Hamburg, JZ 197o, 655, 656.

auch im Fall des prozessualen Anerkenntnisses gezogen werden muß, bedarf jedoch noch einer besonderen Prüfung. Es verblüfft zunächst, daß der Kläger, der offenbar im Recht ist, gerade in dem Moment den Prozeß verlieren soll, da der Beklagte diese dem Kläger günstige Rechtslage anerkennt. Geradezu untragbar wäre dieses, wenn der Kläger nach § 91 ZPO auch noch die Kosten zu tragen hätte. Diese Rechtsfolge will die Rechtsprechung freilich nicht eintreten lassen. Vielmehr will sie auf Grund eines Umkehrschlusses aus § 93 ZPO dem Beklagten die Kosten auferlegen[1], wobei allerdings nicht ganz klar wird, ob dieses direkt aus § 93 ZPO entnommen werden soll[2] oder aus § 91 a ZPO i.V. mit § 93 ZPO. Letzteres setzt voraus, daß man in einem solchen Fall § 91 a ZPO für anwendbar hält. Zwar kann grundsätzlich die Hauptsache nicht nur bei Fortfall der Begründetheit, sondern auch bei Fortfall der Zulässigkeit der Klage für erledigt erklärt werden[3], jedoch wird die Meinung vertreten, daß das u.a. gerade nicht bei Klageverzicht und Klaganerkenntnis gelte[4], weil das Verfahren nach § 91 a ZPO nur bei beiderseitigen wirksamen Erledigungserklärungen in Betracht komme, die aber bei einem Klaganerkenntnis in der Regel gerade nicht gegeben würden.

Wenngleich man wenigstens in der Kostenfrage zu dem sachgerechten Ergebnis kommen könnte, so muß doch gefragt werden, ob allein deshalb die Abweisung der Klage wegen Unzulässigkeit im Anschluß an ein abgegebe-

1 BGH WPM 1968, 762, 763.
2 So anscheinend Thomas-Putzo, § 93 Anm. 3 b, die betonen, mit "Anerkenntnis" sei das des § 3o7 ZPO gemeint und § 93 gelte auch dann, wenn es nicht zu einem Anerkenntnisurteil komme.
3 Stein-Jonas-Pohle, § 91 a Anm. I 4; Thomas-Putzo, § 91 a Anm. 1 b; Blomeyer, Lb., § 129 II 2 (Seite 736); Rosenberg-Schwab, § 133 I (Seite 675); Habscheid, Erledigung, Seite 154/55; vgl. auch BGHZ 37, 137, 142.
4 Vgl. Stein-Jonas-Pohle, § 91 a Anm. II 3 a.

nes Klaganerkenntnis als richtig anerkannt werden kann. Immerhin würde dadurch bei Feststellungsklagen die Möglichkeit eines Anerkenntnisurteils generell ausgeschlossen[1]. Dieser Konsequenz könnte man einmal dadurch entgehen, daß man der Meinung folgt, wonach das Rechtsschutzbedürfnis und damit auch das Feststellungsinteresse nur bedingte Sachurteilsvoraussetzungen sind[2]. Danach kann eine unschlüssige Feststellungsklage als unbegründet abgewiesen werden ohne vorherige Prüfung des Feststellungsinteresses, wenn die Abweisung durch Sachurteil nicht mehr Aufwand erfordert als jene Prüfung[3]. Blomeyer baut diesen Gedanken in zweifacher Weise aus. Zum einen sollte in jedem Fall fehlenden Feststellungsinteresses die Klage durch Sachurteil abgewiesen werden, sofern sie zur Sachabweisung reif ist, und zweitens sollte umgekehrt der Klage immer dann stattgegeben werden, wenn der Beklagte den Anspruch anerkennt[4]. Diese Auffassung ist nicht ohne Widerspruch geblieben[5].

Man braucht jedoch zur Lösung unserer Frage nicht auf eine solch weitreichende Behauptung zurückzugehen. Im Falle des Anerkenntnisses unterliegt es normalerweise keinem Zweifel, daß das Feststellungsinteresse von Anfang an gegeben ist. Die Frage stellt sich also nicht dahingehend, ob trotz fehlenden oder nicht nachgewiesenen Feststellungsinteresses ein Sachurteil ergehen kann,sondern ob in dem Fall, da das gegebene Feststellungsinteresse des Klägers durch ein Anerkenntnis

---

1 Daß das Anerkenntnisurteil ein reines Feststellungsurteil sein kann, betont dagegen Bötticher, JZ 1954, 243.

2 Henckel, Parteilehre, Seite 193; Blomeyer, Lb., § 37 III 4 (Seite 185); Schönke-Kuchinke, § 4o II 3 (Seite 185).

3 Henckel, a.a.O., S. 193 mit Rechtsprechungsnachweisen in Fußnote 19; Nikisch , § 39 III 3 (Seite 154); Lent-Jauernig, § 36 I (Seite 1o9).

4 Blomeyer, Lb., § 37 III 4 a (Seite 185).

5 Vgl. Rosenberg-Schwab, § 94 IV 1 (Seite 45o); Thomas-Putzo, § 256 Anm. 2.

des Beklagten nachträglich entfällt, dennoch ein dem Kläger günstiges Sachurteil ergehen darf. Es handelt sich hier also um einen Sonderfall, und dieser ist in § 3o7 ZPO geregelt. Aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß Anerkenntnisurteil zu ergehen hat, wenn der Beklagte den gegen ihn geltend gemachten Anspruch anerkennt und der Kläger den Erlaß des Urteils beantragt. Daß für den Fall einer Feststellungsklage etwas anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich[1]. Die Antwort auf die Frage, ob auch bei Feststellungsklagen ein Anerkenntnisurteil ergehen dürfe, ist also unmittelbar aus § 3o7 ZPO zu entnehmen; das fehlende Feststellungsinteresse bleibt dabei außer Betracht[2].

Diese Lösung läßt sich mit den beiden Funktionen des Feststellungsinteresses vereinbaren, nämlich das Gericht vor unnötiger Arbeitsbelastung zu schützen sowie den Bürger davor zu bewahren, grundlos mit Prozessen überzogen zu werden. Das Gericht hat i.d.R. kaum Arbeitsaufwand, wenn es ein Anerkenntnisurteil erlassen kann, und was den Schutz des Bürgers[3] vor mutwilligen

---

1 So auch LG Koblenz, MDR 1961, 6o5 (Nr. 84).

2 Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 256 Anm. IV 4; B-L, § 256 Anm. 3 A; Wieczorek, § 256 Anm. C I b 1; Zeiss, § 56 I 3 (Seite 171); Münzberg, JuS 1971, 345. Auch die Stimmen gegen die Theorie der bedingten Sachurteilsvoraussetzung beziehen sich ausdrücklich nur auf den Fall des klagabweisenden Sachurteils bei Unbegründetheit der Klage, nicht auch auf das Anerkenntnisurteil; vgl. Rosenberg-Schwab, § 94 IV 1 (Seite 45o); Thomas-Putzo, § 256 Anm. 2. Ebensowenig können insoweit die Ausführungen von Rosenberg-Schwab unter § 134 IV 5 a (Seite 691) als Gegenmeinung angeführt werden, denn das Urteil des OLG Köln, auf das sie sich beziehen (Seite 691 Fußnote 4), handelte von einem Sachverhalt, bei dem das Gericht das Vorliegen eines Klaganerkenntnisses verneint hatte; dafür, daß bei Feststellungsklagen grundsätzlich Anerkenntnisurteil möglich ist, spricht sich gerade diese Entscheidung aus; siehe JW 1929, 2358.

3 Der in diesem Fall noch vor dem Schutz der staatlichen Gericht rangieren dürfte; vgl. Schönke-Kuchinke, § 4o II 3 (Seite 185).

Prozessen betrifft, so liegt es auf der Hand, daß dieser Gesichtspunkt gegenstandslos geworden ist, wenn der Beklagte im Laufe des Prozesses den Anspruch des Klägers anerkennt[1]. Es muß also grundsätzlich auch bei der Feststellungsklage auf ein Anerkenntnis des Beklagten das Anerkenntnisurteil ergehen, so daß sich insoweit für die im Rahmen dieser Arbeit zu untersuchende Problematik keine Unterschiede zwischen Klaganerkenntnis und Klageverzicht ergeben.

II. Die prozessualen Auswirkungen materiellrechtlicher Mängel

1. Die Auswirkungen beim Prozeßvergleich

Die Ähnlichkeit zwischen dem privatrechtlichen Vergleich nach § 779 BGB und dem Prozeßvergleich legt die Frage nahe, ob auch die Wirksamkeit des Prozeßvergleichs von den materiellrechtlichen Nichtigkeitsgründen beeinträchtigt wird, genauer: ob auch die p r o z e s s u a l e n Wirkungen von der materiellrechtlichen Unwirksamkeit beeinflußt werden. (Daß die m a t e r i e l l r e c h t l i c h e Neuordnung auch beim Prozeßvergleich vom Vorliegen der privatrechtlichen Voraussetzungen abhängt, dürfte unbestritten sein[2].) Die Antwort auf diese Frage wird häufig im Wege einer deduktiven Methode auf der Grundlage einer der drei Theorien über die Natur des Prozeßvergleichs gegeben.

---

1 Vgl. zum Ganzen: Münzberg, JuS 1971, 345.
2 Vgl. Blomeyer, Lb., § 65 III 2 (Seite 323/24).

a) Die Theorien zur Natur des Prozeßvergleichs

aa) Die Theorie des privatrechtlichen Vertrages

Den geringsten Unterschied zwischen materiellrechtlichem Vergleich und Prozeßvergleich macht die Theorie des privatrechtlichen Vertrages. Nach dieser von Rosenberg[1] vertretenen Meinung ist der Prozeßvergleich ein Privatrechtsgeschäft. Diese Behauptung wird auf die geschichtliche Entwicklung[2] des Prozeßvergleichs, wie sie im gemeinen Prozeß und in den deutschen Partikularrechten stattgefunden hat, gestützt[3]. Zwar verkennt auch Rosenberg die prozessualen Wirkungen eines Prozeßvergleichs, insbesondere die Beendigung des Rechtsstreits, nicht; diese sollen aber lediglich Folgen, nicht Inhalt des Vertrages sein[4]. Das müsse deshalb angenommen werden, weil die Parteien nicht einen dahingehenden Willen zu erklären brauchten. Sie könnten bei Abschluß des Prozeßvergleichs die Folge der Prozeßbeendigung überhaupt nicht ausschließen; vielmehr trete diese als unabdingbare Rechtsfolge ein, ebenso wie beispielsweise die Vollstreckbarkeit[5]. Deshalb stellt diese Meinung bei der Frage nach der Natur des Prozeßvergleichs lediglich auf seinen inhaltlichen Kern, den privatrechtlichen Vertrag, ab.

---

1 Lb., 9. Aufl., § 128 I 1 (Seite 622/23).
2 Gegen ein solches Vorgehen wendet sich aber H. Lehmann, wenn er bestreitet, aus der geschichtlichen Betrachtung einen entscheidenden Faktor für die Auslegung des geltenden Rechts gewinnen zu können; siehe Prozeßvergleich, Seite 35.
3 Siehe Rosenberg, Anm. zu KG JZ 1951, 453 in JZ 1951, 454.
4 Vgl. Rosenberg, Lb., 9. Aufl., § 128 II 2 (Seite 628); so auch noch RGZ 19, 362, 363; 56, 333, 335 f.
5 Vgl. Rosenberg, JZ 1951, 454.

bb) Die prozessuale Theorie

Im direkten Gegensatz zur Theorie des privatrechtlichen Vertrages steht die prozessuale Theorie, die den Prozeßvergleich nach den für Prozeßhandlungen geltenden Grundsätzen behandelt wissen will. Das geschieht in der Weise, daß die prozessuale Seite des Prozeßvergleichs losgelöst wird vom materiellrechtlichen Bestandteil, dessen Existenz im übrigen nicht bestritten wird. Auf Grund dieser isolierten Betrachtungsweise kommt die prozessuale Theorie dazu, den prozessualen Tatbestand als reine Prozeßhandlung anzusehen und zu behandeln. Da nach dieser Meinung zwei isolierte Tatbestände nebeneinanderstehen, wird sie auch als "Theorie vom Doppeltatbestand" bezeichnet. Zu ihr bekennen sich u.a. Wach[1], Sauer[2], Bötticher[3], Pohle[4], Stein-Jonas-Pohle[5] und Baumgärtel[6]. Aus der Stellungnahme von Bruns[7] geht nicht klar hervor, ob er sich für die prozessuale Theorie oder die anschließend zu behandelnde Theorie der Doppelnatur entscheiden will. Bei Baumbach-Lauterbach, die zweifellos eine prozessuale Auffassung vom Prozeßvergleich haben, wird nicht ganz klar, ob sie sich der Theorie vom Doppeltatbestand anschließen oder aber eine rein prozessuale Theorie, die die materiellrechtliche Seite vollkommen leugnet, vertreten. Während eine Bemerkung auf letzteres hindeutet[8], so daß bisweilen die Theorie von Baumbach-Lauterbach als selbständige neben der vom Doppeltatbestand

1 Hdb., § 5o IV 4 (Seite 577).
2 § 2o A V (Seite 398).
3 Anm. zu AP 195o, Nr. 48 u. 49 in AP 195o, Seite 172.
4 Anm. zu AP 1954, Nr. 163 in AP 1954, Seite 555.
5 Bemerkung XII 3 u. 4 vor § 128; a.A. noch die Vorauflage, siehe St-J-Sch-P, Bemerkung VI 2 u. 3 vor § 128 sowie § 794 Anm. II.
6 S. 194 ff., insbes. S. 199.
7 Vgl. § 19 IV 3 b (Seite 158) und § 3o III 2 (Seite 259 f.).
8 Siehe Anhang 6 A nach § 3o7.

aufgefaßt wird[1], läßt sich aus einer anderen Stelle[2] entnehmen, daß sich Baumbach-Lauterbach nicht von der Theorie des Doppeltatbestands absetzen wollen; sie beziehen sich auf Baumgärtel und führen als von der ihrigen abweichende Meinungen die Theorie des privatrechtlichen Vertrages und die der Doppelnatur an, nicht aber die Theorie des Doppeltatbestands. Zu Recht werden deshalb Baumbach-Lauterbach meistens zusammen mit den anderen Verfechtern der prozessualen Theorie genannt[3]. Jedenfalls besteht Übereinstimmung dahin, daß die prozessualen Wirkungen völlig unbeeinflußt von der materiellrechtlichen Situation beurteilt werden sollen.

cc) Die Lehre von der Doppelnatur

Die ganz eindeutig herrschende Lehre vertritt dagegen die Theorie der Doppelnatur[4]. Danach ist der Prozeßvergleich als Einheit zu behandeln. Es stimmen die Vertreter dieser Meinung darin überein, daß die Parteien sowohl eine prozessuale als auch eine materiellrechtliche Vereinbarung treffen wollen - allerdings mit Nuancierungen bezüglich der Gewichtigkeit des einen oder des anderen[5] - und daß demzufolge der Prozeß-

---

1 Siehe z.B. Arens, § 9 unter 3 u. 4 (Seite 1o3).
2 B-L, Anhang 2 A nach § 3o7.
3 Vgl. Rosenberg-Schwab, § 132 III 1 (Seite 667 Fußnote 3); Blomeyer, Lb., § 65 II 5 (Seite 323 Fußnote 4); differenzierend zwischen der prozessualen Theorie von B-L und der Theorie des Doppeltatbestands von Baumgärtel: Bernhardt, JR 1967, 4 (unter I.).
4 Rosenberg-Schwab, § 132 II 1 (Seite 668); Lent-Jauernig, § 48 II (Seite 148); Nikisch, § 55 I 2 (Seite 218) und § 7o I 1 (Seite 272/73); Bernhardt, Lb., § 41 II (Seite 251); Schönke-Kuchinke, § 72 V (Seite 325); Goldschmidt, Rechtslage, § 3o III 5 (Seite 473/74); Thomas-Putzo, § 794 Anm. II 1 a; Zöller, § 794 Anm. 1 a; Niese, Seite 86; Lüke, JuS 1965, 483; Palandt-Thomas, § 779 Anm. 9; wohl auch Blomeyer, Lb., § 65 III (Seite 323 ff.).
5 Vgl. Palandt-Thomas, § 779 Anm. 9 einerseits, Lent-Jauernig, § 48 II (Seite 148) andererseits.

vergleich Wirkungen auf beiden Gebieten zeitigt. Er ist somit ein doppelfunktioneller Vertrag. Die prozessuale und die materiellrechtliche Seite sind - anders als bei der Theorie vom Doppeltatbestand - nur verschiedene Aspekte des einheitlichen Ganzen; dieses hat daher eine Doppelnatur und untersteht den Wirksamkeitsvoraussetzungen sowohl des Zivil- als auch des Prozeßrechts.

Diese Lehre hat sich weitgehend durchgesetzt. Die Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte hat sich ihr einhellig angeschlossen[1].

b) Die induktive Methode

Gegen die Methode, zunächst durch Aufstellen einer Theorie die Rechtsnatur des Prozeßvergleichs begrifflich festzulegen, um dann im Wege der Deduktion die Folgerungen für die Einzelfragen abzuleiten, wenden sich die Befürworter der induktiven Methode, zu denen vor allem Lehmann[2], Esser[3] und Bonin[4] gehören.

Bonin hält die Ableitung von Einzelantworten aus einer vorab gegebenen Wesensbestimmung deshalb für unzulässig, weil die Rechtsnatur des Prozeßvergleichs weder ausdrücklich ausgesprochen werde noch aus den vorhandenen Vorschriften zu entnehmen sei[5]. In diesem Zusammenhang weist H. Lehmann darauf hin, daß man aus einem Begriff nur herausholen könne, was man vorher in ihn hineingelegt habe. Wollte man dennoch von einer anfäng-

---

1 Vgl. BGHZ 46, 277, 278; 41, 31o, 311; 28, 171, 172; 16, 388, 39o; RGZ 142, 1, 3/4; BVerwGE 14, 1o3, 1o4; BSGE 19, 112, 115; BAG 4, 84, 85.
2 Prozeßvergleich, Seite 11.
3 Der sich H. Lehmann anschließt; vgl. Esser, Prozeßvergleich, Seiten 713, 719, 72o, 733.
4 Seite 4.
5 Bonin, Seite 5.

lich vorgenommenen Wesensbestimmung ausgehen, so wäre das ein Arbeiten mit apriorisch gewonnenen Begriffen, somit reine Begriffsjurisprudenz[1]. Vielmehr sollen nach der von diesen Autoren vertretenen Meinung die Einzelfragen durch eine teleologische Auslegung, die freilich die latenten Werturteile der ZPO beachten muß, einer vernünftigen und zweckmäßigen Lösung zugeführt werden[2]. Der Weg dahin muß sich an den widerstreitenden Interessen orientieren. Es muß also eine interessenjuristische Abwägung stattfinden[3].

Es ist festzustellen, daß die drei genannten Autoren hinsichtlich der hier interessierenden Frage nach der Auswirkung materiellrechtlicher Mängel auf den Prozeßvergleich im Ergebnis darin übereinstimmen, daß ein materiellrechtlicher Mangel den Prozeßvergleich in seiner Gesamtheit betrifft[4], also auch die prozeßbeendigende Wirkung entfallen läßt[5].

---

1 H. Lehmann, Prozeßvergleich, Seite 11.
2 H. Lehmann, a.a.O., S. 12.
3 Vgl. Esser, Prozeßvergleich, S. 719, 734.
4 Eine solche Übereinstimmung versteht sich keineswegs von selbst, da bei einer interessenjuristischen Abwägung die Meinungen darüber, welches das vorrangige Interesse sei, sehr wohl auseinandergehen können; siehe Bonin, Seite 5; Baumgärtel, Seite 2o2.
5 Vgl. Bonin, Seite 96 ff.; Esser, a.a.O., Seite 733; H. Lehmann, a.a.O., Seite 2o8, wo dieses Ergebnis mit dem Hinweis darauf erzielt wird, daß der Prozeßvergleich sowohl hinsichtlich seiner Wirkungen als auch hinsichtlich seines Tatbestandes "Doppelcharakter" aufweise, was insoweit praktisch der Theorie der Doppelnatur entspricht.

c) Eigene Stellungnahme

Wenn man sich dafür entscheiden will, welche der drei Theorien der wahren Natur des Prozeßvergleichs am nächsten kommt, so hat man von der zutreffenden Erkenntnis auszugehen, daß er in der Regel zwei Ziele verfolgt: Zum einen will er die materiellrechtlichen Verhältnisse der Parteien neu ordnen, zum anderen hat er die Prozeßbeendigung zum Ziel.

Daher wird man einer Theorie nicht zustimmen können, die den Prozeßvergleich einzig und allein als materiellrechtlichen Vertrag ansieht. Demgegenüber kann folgendes Argument nicht durchgreifen: Die prozessualen Wirkungen seien lediglich Folgen, nicht aber Inhalt des Vertrages, weil sie auch ohne den darauf gerichteten Willen der Parteien einträten, diese vielmehr die prozessuale Folge "Prozeßbeendigung" bei Abschluß eines Prozeßvergleichs nicht einmal auszuschließen vermöchten[1]. Zwar läßt sich die Tatsache nicht leugnen, daß der Prozeßvergleich zwangsläufig prozeßbeendigende Wirkung hat[2], jedoch darf daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß die Parteien dieses nicht in ihren Willen aufgenommen hätten. Dabei würde übersehen, daß den Parteien, die sich materiellrechtlich geeinigt haben, auch andere Möglichkeiten zur Verfügung stehen; sie können z.B. den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklären und über die Kostentragung weiterstreiten. Wenn sie dennoch einen Prozeßvergleich schließen, so darf angenommen werden, daß sie auch die Prozeßbeendigung wollen[3].

1 Vgl. Rosenberg, JZ 1951, 454.
2 Dazu ausführlich H. Lehmann, Prozeßvergleich, S. 43-48.
3 Vgl. H. Lehmann, Prozeßvergleich, S. 115/16; Baumgärtel, S. 193; Blomeyer, Lb., § 65 III 3 (Seite 325); Bruns, § 19 IV 3 b (Seite 158, Fußnote 66).

Weiterhin darf nicht übersehen werden, daß die Theorie des privatrechtlichen Vertrages bei solchen Prozeßvergleichen in Schwierigkeiten gerät, die nur auf Prozeßbeendigung gerichtet sind, ohne eine materiellrechtliche Regelung zu treffen. Hier wird man vor die Alternative gestellt, entweder an der Behauptung festzuhalten, der Prozeßvergleich sei ein privatrechtlicher Vertrag i.S. von § 779 BGB (dann darf man die vorgenannten Parteihandlungen nicht als Prozeßvergleich anerkennen) oder aber zuzugeben, daß es sich auch dabei um Prozeßvergleiche handelt (dann kann man nicht die These aufrechterhalten, der Prozeßvergleich sei lediglich ein materiellrechtlicher Vertrag). Beides läßt sich nicht miteinander vereinbaren. Erkennt man also mit der herrschenden Meinung solche Abmachungen, die materiell nichts regeln, sondern nur auf Prozeßbeendigung gerichtet sind, als Prozeßvergleich an[1], so hat man damit die Theorie des privatrechtlichen Vertrages schon verneint. Demgegenüber kann nicht mehr die geschichtliche Betrachtung[2] ins Feld geführt werden. Ganz abgesehen davon, daß es im Einzelfall fraglich sein kann, ob der Gesetzgeber bei der von ihm getroffenen Regelung einen historischen Rechtszustand in seine Vorstellung mit aufgenommen hat, kann die historische Auslegungsmethode nur dann zum Zuge kommen, wenn die logische Vereinbarkeit der Rechtssätze noch verschiedene Deutungen zuläßt[3]. Ist aber durch das Anerkennen von Prozeßvergleichen rein prozessualen Inhalts zwangsläufig die Meinung abgelehnt, ein Prozeßvergleich sei in jedem Fall nur ein

---

1 Rosenberg selbst sieht die einvernehmlich erfolgende Rücknahme von Klage und Widerklage als Prozeßvergleich an; siehe Lb., 9. Aufl., § 128 I 1 (Seite 623).

2 Die Rosenberg anstellt; siehe JZ 1951, 454.

3 Larenz, Methodenlehre, Systematischer Teil, Kapitel 3, 2 c (Seite 308).

privatrechtlicher Vertrag, so bleibt kein Raum mehr für eine historische Betrachtung, mit der die widerlegte Ansicht doch wieder gestützt werden soll[1].

Da der Prozeßvergleich normalerweise sowohl auf Prozeßbeendigung als auch auf Regelung des materiellrechtlichen Verhältnisses abzielt, erscheint er unter dem einen Aspekt als Prozeßhandlung und stellt sich unter dem anderen Gesichtspunkt als privatrechtlicher Vertrag dar. Beides ist aber in dem Prozeßvergleich zusammengefaßt. Man kann jedoch darüber streiten - und zwischen der prozessualen Theorie des Doppeltatbestands und der h.M. von der Doppelnatur besteht dieser Streit - in welch engem Zusammenhang diese beiden Bestandteile stehen. Geht man von dem "Idealfall" eine Prozeßvergleichs aus, daß beispielsweise bei dem Streit darüber, ob eine Forderung in Höhe von 5oo,- DM besteht oder nicht, man sich schließlich auf 25o,- DM einigt, so fällt es in der Tat schwer, eine Antwort darauf zu finden; insbesondere bleibt unklar, ob die Beseitigung der Ungewißheit hinsichtlich der materiellen Rechtslage oder die Beendigung des Prozesses die Hauptrolle in der Motivation der Parteien gespielt haben und inwieweit das eine von dem anderen abhängig sein sollte.

Verdeutlichen kann man die Unterscheidung zwischen materiellem und prozessualem Bestandteil, wenn man den entsprechenden Vergleich in den Bereich außerhalb des Prozesses verlegt. Hier lassen sich dem Gehalt nach ganz klar der materiellrechtliche Vertrag (Vergleich des Inhaltes, daß nunmehr eine Forderung in Höhe von 25o,- DM bestehen soll) und der Prozeßvertrag unterscheiden, der darauf gerichtet ist, daß die Klage - und

1 H. Lehmann, Prozeßvergleich, S. 35 und Becker, S. 1, erklären generell, daß die geschichtliche Betrachtung kein geeigneter Ansatzpunkt zur Auslegung des geltenden Rechts sei.

gegebenenfalls auch die Widerklage - im Einvernehmen zurückgenommen werden soll. Ein solcher Prozeßvertrag, dessen Inhalt auf die prozessuale Sphäre abzielt und dessen Wirkung (oder zumindest dessen Hauptwirkung) sich lediglich im prozessualen Bereich entfaltet, wäre grundsätzlich auch für sich allein zulässig[1]. Es könnte lediglich die Frage auftauchen, ob das Gericht unmittelbar an eine solche Vereinbarung gebunden ist oder ob die eine Partei den Vertragsbrüchigen erst auf Abgabe der entsprechenden Erklärung (unter Heranziehung von § 894 ZPO) verklagen muß[2]. Beim Prozeßvergleich muß die Frage nach der Prozeßbeendigung jedoch als gesetzlich geregelt betrachtet werden: Er beendet - das ist unstreitig - den Prozeß unmittelbar[3].

Aus der gesonderten Zulässigkeit des Prozeßvertrages auf einen Doppeltatbestand im Sinne der prozessualen Theorie schließen zu wollen, wäre jedoch vorschnell. Zum einen könnte man entgegenhalten, daß eben doch ein untrennbarer Zusammenhang zwischen beiden Bestandteilen insofern bestehe, als man wohl kaum eine Prozeßbeendigung vereinbaren wird, wenn man sich materiell nicht geeinigt hat[4]. Allerdings ist diese Argumentation nicht zwingend, denn es kann im Einzelfall auch anders liegen[5].

Entscheidend aber ist der Hinweis darauf, daß nicht selten der Prozeßvergleich so aussieht, daß materiell lediglich die eine Partei - und zwar vollständig - nach-

---

1 Vgl. Nikisch, § 55 I 3 (Seite 218), § 55 III 1 (Seite 22o), § 69 III 2 (Seite 271); Blomeyer, Lb., § 3o VIII 2 (Seite 147); RGZ 1o2, 217, 222.
2 Dazu Nikisch, § 69 III 2 (Seite 271); vgl. auch RGZ 1o2, 217, 218 ff.
3 Vgl. H. Lehmann, Prozeßvergleich, S. 48; Nikisch, § 7o III 1 (Seite 274); Rosenberg-Schwab, § 132 II 2 (Seite 666); RGZ 157, 141, 143.
4 Lent-Jauernig, § 48 II (Seite 148).
5 Vgl. Baumgärtel, Seite 195.

gibt und die andere dafür nur insofern Entgegenkommen zeigt, als sie auf ein Urteil verzichtet[1]. Nun hat zwar H. Lehmann nachgewiesen, daß als causa beim Vergleich - jedenfalls auch - der Feststellungszweck anzusehen ist[2] und daß auch beim reinen Anerkenntnis (also ohne Gegenleistung des Begünstigten) der Feststellungszweck als causa zugrunde liegen kann[3]. Aber an der zuletzt geschilderten Fallgestaltung des Prozeßvergleichs (vollständiges Nachgeben der einen Partei, Verzicht der anderen auf ein Urteil) wird besonders deutlich, daß sich die Intention der Parteien in der Regel darin nicht erschöpft. Welches Interesse sollte beispielsweise der Beklagte haben, nachdem der Streit bis zum Prozeß gediehen ist, unter Aufgabe seines eigenen Standpunktes den Anspruch des Klägers voll anzuerkennen und auch noch die Prozeßkosten vertraglich zu übernehmen, wenn nicht dieses, durch das Entgegenkommen des Klägers von einem für ihn, den Beklagten, ungünstigen Urteil verschont zu bleiben. Hier wird deutlich, daß die eine Leistung nur um der anderen willen erfolgt[4]. Es besteht also nicht nur ein "gewisser" - mehr oder weniger starker - Zusammenhang zwischen der materiellrechtlichen und der prozessualen Seite der Vereinbarung, sondern ein Verhältnis von Leistung und Gegenleistung in der Weise, daß das eine die causa für das andere ist.

Diese rechtliche Verknüpfung gebietet es, beim Vorliegen eines materiellrechtlichen Fehlers auch die pro-

---

1 Dazu, daß schon bei einem Absehen von einem Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil ein Prozeßvergleich vorliegt, siehe Esser, Prozeßvergleich, Seite 722, mit weiteren Nachweisen in Fußnote 34; vgl. auch Goldschmidt, Rechtslage, Fußnote 2514 (Seite 474) gegen H. Lehmann.

2 Lehmann, Prozeßvergleich, S. 84 ff.

3 Lehmann, a.a.O., S. 91 f.

4 A.A. H. Lehmann, Seite 99; dagegen aber Goldschmidt, Rechtslage, Fußnote 2514 (Seite 474).

zessuale Wirkung unmittelbar entfallen zu lassen. Es zeigt sich daran, daß nicht ein doppelter Tatbestand vorliegt, sondern e i n Tatbestand mit Doppelnatur. Diese Sicht der Dinge ist auch dann zutreffend, wenn beide Parteien materiellrechtliche Konzessionen machen, denn auch in solchem Fall geht es ihnen immer noch wesentlich auch darum, den Prozeß zu beenden.

Wie wichtig den Parteien die Prozeßbeendigung sein kann, zeigen die Fälle, in denen die Parteien selbst ohne materiellrechtliche Einigung übereinkommen, den Prozeß nicht fortzuführen. Der häufigste Fall dürfte wohl der sein, daß die Parteien es vorziehen, ihren Streit vor einem Schiedsgericht auszutragen, aber auch die Absicht, die Streitfrage erst zu einem späteren Zeitpunkt entscheiden zu lassen, kann der Grund dafür sein. Ein solcher abstrakter Prozeßvergleich[1] oder auch "abstrakter Prozeßbeendigungsvertrag"[2] spricht aber nur scheinbar gegen die Lehre von der Doppelnatur. Richtig ist, daß eine materiellrechtliche Vereinbarung darin ebensowenig enthalten ist wie in den schon angeführten Fällen[3], daß vergleichsweise die Rücknahme von Klage und Widerklage vereinbart wird oder daß der Kläger mit Einwilligung des Beklagten unter Übernahme der Prozeßkosten die Klage zurücknimmt. (Nach einer verbreiteten Meinung[4] ist der letztgenannte Fall ohnehin nicht unter den Begriff "Prozeßvergleich" zu rechnen, weil beim Beklagten kein Nachgeben vorliege[5].) Deshalb müssen die Vertreter der Theorie

---

1 Blomeyer, Lb., § 65 III 1 (Seite 323).
2 Rosenberg, Lb., 9. Aufl., § 128 I 1 (Seite 623).
3 Siehe unter C I 1.
4 Siehe Fußnote 3 auf Seite 62.
5 Das kann aber - jedenfalls in der Begründung - nicht überzeugen, denn wenn man ein prozessuales Nachgeben ausreichen lassen will, dann i s t der Verzicht des Beklagten auf ein klagabweisendes Urteil ein Nachgeben, anderenfalls müßte das gegenseitige Nachgeben auch in den beiden anderen Fällen (Rücknahme von Klage und Widerklage sowie abstr. Prozeßvergleich) verneint werden; insofern inkonsequent Rosenberg-Schwab, § 132 I 6 (Seite 665), nach deren Auffassung

des privatrechtlichen Vertrags den abstrakten Prozeßbeendigungsvertrag[1] vom Prozeßvergleich trennen[2], denn er würde nicht ins System passen[3].

Die Lehre von der Doppelnatur hat jedoch derartige begriffliche Eingrenzungen des Prozeßvergleichs nicht nötig. Zwar kann man durchaus Überlegungen anstellen, ob die zuletzt besprochenen Fälle nicht tatsächlich aus dem Begriff "Prozeßvergleich" auszusondern sind. Bei der einseitigen Klagerücknahme könnte man das schon deshalb erwägen, weil § 271 ZPO diesen Fall ausdrücklich regelt, insofern eine Sondervorschrift darstellt. Das zwingt jedoch nicht dazu, die Möglichkeit auszuschließen, eine einseitige Klagerücknahme in das Gewand eines Prozeßvergleichs zu kleiden[4]. Weiterhin ist zu bedenken, ob nicht die folgende Überlegung dazu führen muß, die vorgenannten Fallgestaltungen aus dem Begriff "Prozeßvergleich" auszusondern. In allen drei Fällen fehlt die Vollstreckbarkeit in der Hauptsache. Man kann sich nun die Frage stellen, ob der Gesetzgeber nicht vielleicht die Vollstreckbarkeit als Wesensmerkmal des Prozeßvergleichs anerkannt hat, indem er die Hauptvorschrift über den Prozeßvergleich, die sich in § 794 ZPO findet, unter den Obersatz stellte: "Die Zwangsvollstreckung findet ferner statt." Wollte man diese Frage bejahen, so würde man indirekt

---

Forts. Fußnote 5, Seite 82:
eine Rücknahme der Klage unter Übernahme der Prozeßkosten mit Einwilligung des Beklagten kein Prozeßvergleich sein soll, weil es am gegenseitigen Nachgeben über die Hauptsache fehle, während die Rücknahme von Klage und Widerklage als Prozeßvergleich angesehen wird (die gleiche Inkonsequenz findet sich schon bei Rosenberg, Lb., 9. Aufl., § 128 I 1, Seite 623).

1 Aber eigentlich nicht nur ihn; siehe Fußnote 5, Seite 82 f.
2 Vgl. Rosenberg, Lb., 9. Aufl., § 128 I 1 (Seite 623).
3 Vgl. Blomeyer, Lb., § 65 III 1 (Seite 323).
4 Vgl. Bonin, Seite 11, insbesondere Fußnote 11.

die Forderung aufstellen, daß jeder Prozeßvergleich auch eine materiellrechtliche Regelung enthalten müsse. Das unter C I 1 bereits gewonnene Ergebnis, wonach auch prozessuales Nachgeben ausreicht, würde dadurch zwar nicht umgestoßen, es müßte lediglich dahingehend präzisiert werden, daß ein bloß prozessuales Nachgeben höchstens bei einer der beiden Parteien vorliegen dürfte; tatsächlich jedoch besteht kein Anlaß zu einer solchen Einschränkung. Man wird nämlich die Aussage des Gesetzes, daß aus Prozeßvergleichen die Zwangsvollstreckung stattfindet, so verstehen müssen, daß aus einem Prozeßvergleich vollstreckt werden k a n n , falls er einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat; man darf daraus jedoch nicht entnehmen, daß nur dann ein Prozeßvergleich vorliegt, wenn die Vereinbarung vollstreckungsfähig ist[1]. Anderenfalls wäre in einem Prozeß, dem eine Feststellungsklage zugrunde liegt, kein Prozeßvergleich möglich. Angesichts dieser Auslegung des Gesetzes soll hier ohne nähere Erörterung der damit zusammenhängenden Einzelfragen[2] der herrschenden Meinung gefolgt werden, wonach ein Prozeßvergleich grundsätzlich auch dann vorliegen kann, wenn keine materiellrechtliche Vereinbarung getroffen wird.

Es ist aber zu betonen, daß die anerkannte Existenz von Prozeßvergleichen rein prozessualen Inhalts die Theorie von der Doppelnatur nicht erschüttert. Während die Theorie des privatrechtlichen Vertrages mit

---

1 Vgl. H. Lehmann, Prozeßvergleich, Seite 48.

2 Vgl. dazu die ausführlichen Darlegungen von Becker (Seite 11 ff.), der jedoch - allerdings mit nicht zwingenden Argumenten - zu einem Vorrang der Klagerücknahme in all den Fällen kommt, bei denen nicht auch eine materielle Regelung des Rechtsstreits vorgenommen wird (S. 12); differenzierend dagegen Bonin, der zwar den abstr. Prozeßbeendigungsvertrag ablehnt (S. 12 f.), die Möglichkeit vergleichsweise vereinbarter Klagerücknahme jedoch ausdrücklich bejaht (S. 11).

dem Vorhandensein einer materiellen Vereinbarung steht und fällt, kann sich die Theorie der Doppelnatur darauf beschränken, die Doppelnatur nur dann anzunehmen, wenn auch tatsächlich eine materielle Vereinbarung vorliegt. Ebenso wie man sagen kann, daß die im Einzelfall fehlende Vollstreckbarkeit nicht gegen die Klassifizierung der Vereinbarung als Prozeßvergleich spricht[1], darf man die Möglichkeit einer im Einzelfall fehlenden materiellrechtlichen Vereinbarung nicht als Argument gegen die Doppelnatur bei den Fällen verwenden, wo diese materielle Regelung vorliegt[2]. Ich komme also zu dem Schluß, daß in Fällen, in denen der Prozeßvergleich - auch - eine materiellrechtliche Vereinbarung enthält, ihm eine Doppelnatur eigen ist, und daß demzufolge materiellrechtliche Unwirksamkeitsgründe den Prozeßvergleich in seiner Gesamtheit betreffen, also auch die prozessualen Wirkungen entfallen lassen.

Es soll noch kurz auf die Frage eingegangen werden, ob es für das Erreichen dieses Ergebnisses notwendig war, sich für eine bestimmte Theorie zu entscheiden oder ob es nicht einfacher und zweckmäßiger gewesen wäre, rein nach der induktiven Methode vorzugehen und die Frage der Auswirkung materiellrechtlicher Mängel auf die prozessuale Seite anhand der Interessenlage nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten zu entscheiden[3]. Für letzteres könnte die Tatsache sprechen, daß keine der angeführten Theorien zur Entscheidung sämtlicher mit dem Prozeßvergleich zusammenhängender Fragen geeignet ist. So wird die Theorie des materiellrechtlichen Vertrages nicht mit Prozeßvergleichen rein prozessualen Inhalts fertig, und es ist inkonsequent,

---

1 Vgl. dazu Bruns, § 3o III 1 (Seite 259).
2 So aber Baumgärtel (S. 195), der allerdings von dieser Argumentation im weiteren Verlauf wieder etwas abrückt (Seite 197).
3 Vgl. auch Blomeyer, Lb., § 65 III 3 (Seite 325 f.).

die Vereinbarung der Rücknahme von Klage und Widerklage, wobei keine materiellrechtliche Vereinbarung getroffen wird, als Prozeßvergleich anzuerkennen[1]. Die prozessuale Theorie des Doppeltatbestands erklärt einerseits, der prozessuale Tatbestand sei selbständig und könne daher nicht bedingt oder befristet vorgenommen werden[2], sieht sich aber andererseits zu dem Zugeständnis veranlaßt, der Ausnahmefall des Widerrufsvorbehalts, der sich in der Praxis bewährt habe, gefährde die Klarheit der Prozeßsituation nicht[3]. Sucht man nach der Begründung für diese Inkonsequenz[4], erfährt man, dieses "bedürfe keiner näheren Ausführung"[5]. Auch müßte, da die Verfahrensbeendigung unabhängig von dem materiellen Tatbestand eintreten soll, die Geltendmachung eines materiellrechtlichen Mangels in jedem Fall in einem neuen Verfahren geltend gemacht werden[6], wozu sich allerdings die herrschende Meinung und die heutige Rechtsprechung[7] mit Rücksicht auf die Prozeßökonomie und die "Konservierung des Verfahrensergebnisses"[8] nicht verstehen wollen. Schließlich ist auch hinsichtlich der Lehre von der Doppelnatur zuzugeben, daß sie nicht in allen Fragen automatisch zu dem richtigen Ergebnis führt. Sie präjudiziert nicht die Frage nach den Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Parteihandlung im Einzelfall, also danach, ob diese Voraussetzungen dem materiellen oder dem Prozeßrecht entnommen werden sollen[9]. So kann beispielsweise bei

---

1 Siehe Fußnote 5 auf Seite 82 f.
2 Baumgärtel, Seite 199.
3 Baumgärtel, Seite 2oo.
4 Um eine solche handelt es sich; vgl. Esser, Prozeßvergleich, Seite 733.
5 Baumgärtel, Seite 2oo.
6 Vgl. Esser, Prozeßvergleich, Seite 733.
7 Vgl. BGHZ 28, 171, 174; 41, 31o,311; BVerwGE 14, 1o3, 1o5; BAG 4, 84, 85.
8 H. Lehmann, Prozeßvergleich, Seite 241.
9 Vgl. Stein-Jonas-Pohle, Bem. XII 3 vor § 128.

dem Streit, ob im Anwaltsprozeß der Abschluß des Prozeßvergleichs den Anwälten vorbehalten ist oder ob die Parteien dies ohne anwaltliche Vertretung tun können, aus der Doppelnatur nichts für die eine oder die andere Meinung entnommen werden. Hierbei besteht in der Tat die Gefahr, daß "ohne Nachweis methodischer Kontrolle" nach Belieben materielles oder Prozeßrecht angewandt wird[1], daß sich also der eine Autor darauf beruft, der Prozeßvergleich sei a u c h Prozeßhandlung, während der andere zur Untermauerung seines abweichenden Ergebnisses hervorhebt, der Prozeßvergleich sei a u c h ein materielles Rechtsgeschäft[2].

Wenn oben dennoch eine Entscheidung für die Doppelnatur getroffen worden ist, so konnte das insofern geschehen, als im Rahmen dieser Arbeit nur e i n e Frage aus dem gesamten Katalog der im Zusammenhang mit dem Prozeßvergleich bestehenden Streitpunkte zu entscheiden ist: nämlich die, wie sich materiellrechtliche Mängel auf die prozessualen Folgen auswirken. Nur in Ansehung dieser Frage ist eine Festlegung auf die Lehre von der Doppelnatur erfolgt, und gerade bei dieser Frage bekommt der Streit über die verschiedenen Theorien zur Natur des Prozeßvergleichs praktische Bedeutung; führen sie doch bei konsequenter Anwendung zwangsläufig zu einem unterschiedlichen Ergebnis. Dennoch ist nicht der Weg beschritten worden, zuerst die Natur des Prozeßvergleichs festzulegen, um daraus dann das gesuchte Ergebnis abzuleiten; vielmehr ist zunächst anhand der Interessenlage und der möglichen Fallgestaltungen das Verhältnis der privatrechtlichen zur prozessualen Seite entwickelt und dargelegt worden, um von da aus in einem Rückschluß die Entscheidung für

---

1 Esser, Prozeßvergleich, Seite 72o.
2 Bonin, Seite 4.

eine der Theorien zu treffen[1]. Die Kennzeichnung des Wesens des Prozeßvergleichs als "Doppelnatur" ist somit nur zur Veranschaulichung erfolgt. Sie bietet eine Grundlage, die bei der Entscheidung der im Zusammenhang mit Klaganerkenntnis und Klageverzicht auftretenden Fragen nützlich sein kann.

d) Konkrete Folgerungen aus dem Verhältnis zwischen materiellrechtlicher und prozessualer Seite des Prozeßvergleichs

aa) Unwirksamkeit

α) Ablehnung sowohl bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot als auch bei Verweigerung einer notwendigen Zustimmung

Nachdem oben (unter c) festgestellt worden ist, daß die materiellrechtliche Nichtigkeit die Unwirksamkeit des Prozeßvergleichs in seiner Gesamtheit nach sich zieht, bleibt hinsichtlich dieses materiellrechtlichen Mangels nur noch zu klären, wie sich das Gericht zu verhalten hat, vor dem ein solcher Prozeßvergleich geschlossen werden soll. Daß in einem Falle, bei dem die Parteien den Richter um einen Vergleichsvorschlag bitten, das Gericht nicht ein Übereinkommen anregen darf, welches gegen zwingende Normen des materiellen Rechts verstößt, versteht sich von selbst. Es bleibt aber die Frage, was geschehen soll, wenn die Parteien

1 Interessanterweise macht auch H. Lehmann - obwohl er entschiedener Verfechter der induktiven Methode ist und sich deshalb nicht auf eine der Theorien festlegt - gerade im Zusammenhang mit der Frage, welchen Wirksamkeitsvoraussetzungen die Vergleichserklärung unterliegt, Ausführungen, die praktisch der Theorie der Doppelnatur entsprechen; vgl. Prozeßvergleich, Seite 208.

aus eigenem Antrieb einen Prozeßvergleich ausgearbeitet haben, das Gericht sich also in dieser Hinsicht passiv verhalten hat. Man könnte geneigt sein, darauf hinzuweisen, daß beim Prozeßvergleich - anders als beim Urteil - das Gericht nicht durch Richterspruch entscheidet, was rechtens ist, sondern sich im wesentlichen darauf beschränkt, die Einigungsbereitschaft der Parteien zur Kenntnis zu nehmen. Von dieser Tatsache könnte man darauf schließen, daß an den Prozeßvergleich geringere rechtliche Anforderungen zu stellen sind.

Zu beachten ist jedoch, daß das Gericht zumindest insofern am Zustandekommen des Vergleichs mitwirkt, als es ihn gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 ZPO beurkundet, was wiederum Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit ist[1]. Dadurch verschafft es ihm zunächst einmal den Schein des Rechts. Deshalb ist der Meinung beizupflichten, die betont, daß das Gericht nicht nur für die Form, sondern auch für den Inhalt des Prozeßvergleichs die Verantwortung trägt[2]. Das darf aber nicht darauf beschränkt bleiben, daß der Vergleich lediglich auf einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zu überprüfen wäre. Vielmehr bezieht sich die Verantwortung des Gerichts auf das Wirksamwerden des Vergleichsinhalts schlechthin. Es ist also auch auf das Vorliegen besonderer gesetzlicher Wirksamkeitsvoraussetzungen zu achten[3], wie beispielsweise die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts[4], denn wenn die Wirksamkeit des Prozeßvergleichs von der Wirksamkeit der materiell-

---

1 St. Rspr., vgl. BGHZ 14, 381, 398; 16, 388, 390; BAG 8, 228, 232.
2 B-L, Anhang nach § 307 Anm. 2 A; Binter, ZfS 1958, 232 (unter IV).
3 Ähnlich B-L, Anhang nach § 307, Anm. 2 A, die betonen, daß der Vergleich gegen kein gesetzliches "Gebot" verstoßen dürfe.
4 Vgl. RGZ 133, 259.

rechtlichen Vereinbarung abhängt, kann es keinen Unterschied machen, ob letztere wegen eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz oder wegen der Verweigerung einer erforderlichen Zustimmung unwirksam ist. Für die Fälle des AktG bedeutet das, daß sich das Gericht von dem Nichtvorliegen der Zustimmungsverweigerung durch die Hauptversammlung genau wie von dem Nichtvorliegen eines Widerspruchs der Minderheit überzeugt[1]. In Fällen, in denen das Gesetz ein Zustimmungserfordernis aufstellt, wird in der Regel der Schutz bestimmter Personen bezweckt - sei es der Schutz des Minderjährigen bei der erforderlichen Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder des Vormundschaftsgerichts, sei es der Schutz der Aktionäre oder Aktionärsminderheiten bei der erforderlichen Zustimmung der Hauptversammlung. Dann aber geht es nicht an, daß das Gericht unter Mißachtung der gesetzgeberischen Intention beim Abschluß eines solchen unwirksamen Vergleichs mitwirkt und die Geltendmachung der Unwirksamkeit den vom Gesetz geschützten Personen überläßt[2], die obendrein aus mancherlei Gründen dazu vielleicht gar nicht in der Lage sind. Außerdem spricht der Grundsatz der Prozeßökonomie dafür, diese Voraussetzungen sofort zu prüfen.

Neben einer etwaigen Unwirksamkeit auf Grund allgemeingültiger gesetzlicher Vorschriften hat das Gericht auch auf die Zulässigkeit des Vergleichs im konkreten Fall zu achten. Diese Aussage bezieht sich auf § 66. Dessen Wortlaut bringt - wie unter B II 1 ausgeführt worden ist - nicht klar zum Ausdruck, ob ein Vergleich

---

1 Vgl. Behrend, § 113 III Fußnote 2o (Seite 776) zum Fall des Zwangsvergleichs.

2 So auch Brodmann, § 2o5 Anm. 4, für den Fall eines Verstoßes gegen die Sperrfrist; a.A. anscheinend Düringer-Hachenburg, § 2o5 Anm. 4.

verboten ist oder nicht. Vielmehr kann diese Frage nur anhand einer Prüfung des Einzelfalles entschieden werden. Danach ist ein Vergleich zulässig, wenn er geschlossen wird, weil erhebliche rechtliche oder tatsächliche Unklarheiten bestehen; er ist jedoch unzulässig, wenn ihn die Parteien nur zur Umgehung des in § 66 enthaltenen Erlaßverbots vereinbaren. Von dieser Frage hängt es also ab, ob der Prozeßvergleich unwirksam ist. Deshalb muß das Gericht im Rahmen der ihm bekannten Tatsachen die von den Parteien angestrebte Einigung daraufhin untersuchen, ob materiellrechtlich eine Umgehung des Erlaßverbots bezweckt wird. Damit werden an die Prüfungspflicht des Gerichts keineswegs zu hohe Anforderungen gestellt. Vielmehr ist die Entscheidung der Frage, ob eine Gesetzesumgehung vorliegt, von den Gerichten auch in anderen Fällen häufig vorzunehmen.

Kommt das Gericht in den vorstehenden Fällen zu der Überzeugung, daß die materielle Vereinbarung unwirksam ist, so hat es die Entgegennahme des ebenfalls unwirksamen Prozeßvergleichs aus den schon angeführten Gründen abzulehnen[1].

β) Keine Ablehnung bei Nachgeben der AG, das sich nicht auf die Hauptsache bezieht

Bisher ist festgestellt, daß immer dann, wenn die materiellrechtliche Vereinbarung der Parteien unwirksam ist, auch der Prozeßvergleich als Ganzes von der Unwirksamkeit betroffen wird und das Gericht deshalb seine Entgegennahme abzulehnen hat. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß in jedem Fall, in dem ein materiellrechtliches Wirksamkeitserfordernis bei Abschluß

1 Vgl. Bonin, S. 98 Fußnote 356 mit weiteren Nachweisen.

des Prozeßvergleichs unbeachtet bleibt, dieser unwirksam wäre. Ein solcher Schluß kann deshalb nicht gezogen werden, weil Prozeßvergleiche möglich sind, bei denen die AG nur auf prozessualem Gebiet nachgibt (siehe oben C I 1). Darauf beziehen sich die Vergleichsbeschränkungen des AktG nicht.

Hiernach ist es einleuchtend, daß - wie oben unter C II 1 c schon angedeutet - die Zulässigkeit eines Prozeßvergleichs unabhängig von den Vergleichsbeschränkungen des AktG, die materiellrechtliche sind, zu bejahen ist, wenn das Nachgeben der Gesellschaft sich auf die prozessuale Behandlung der Streitsache beschränkt. Diese Feststellungen lassen sich grundsätzlich für beide möglichen Rollenverteilungen im Prozeß treffen, d.h. sie gelten sowohl bei einer Klage der AG gegen den Schuldner[1] als auch in dem Fall, da die Gesellschaft vom Schuldner mit einer negativen Feststellungsklage überzogen wird. Auch im letzteren Fall kann das Nachgeben der AG in der Hauptsache gegen die Vorschriften des AktG verstoßen, da - wie unter C I 3 a bereits festgestellt - das Klaganerkenntnis bei der negativen Feststellungsklage die gleiche Wirkung hat wie der Klageverzicht bei der Leistungsklage. Deshalb ist der Prozeßvergleich auch in diesem Fall nur zulässig, wenn sich das Nachgeben auf die prozessuale Sphäre beschränkt. Ist diese Voraussetzung erfüllt, brauchen die vom AktG aufgestellten Wirksamkeitserfordernisse nicht beachtet zu werden. Das muß selbst angesichts einer von Gesetzes wegen eintretenden Kostenteilung nach § 98 ZPO gelten[2], denn auch hierauf be-

1 Hier sowohl für den Fall, daß der Schuldner anerkennt und die AG auf ein Urteil verzichtet, als auch für den Fall, daß die AG vergleichsweise ihre Klage zurücknimmt (nicht aber Klageverzicht erklärt; vgl. dazu unter C II 2).

2 Beispiel: Ein Gründer nimmt seine Klage, mit der er die Feststellung begehrte, daß der Gesellschaft kein Anspruch gegen ihn zusteht (§ 5o), vergleichsweise zurück, die Gesellschaft stimmt der Klagerücknahme gemäß § 271 Abs. 1 ZPO zu und verzichtet auf den

ziehen sich die Vergleichsbeschränkungen des AktG nicht.

γ) Sonderfälle

Im Zusammenhang mit dem aufgestellten Satz, daß die Vergleichsbeschränkungen für den Prozeßvergleich nur dann relevant werden, wenn er ein Nachgeben der AG in der Hauptsache enthält und daß andererseits Prozeßvergleiche mit nur prozessualem Nachgeben uneingeschränkt möglich sind, muß noch auf drei Sonderfälle eingegangen werden; teils, weil sie einer näheren Erläuterung bedürfen, teils, weil sie Ausnahmen von der Regel darstellen. Von diesen drei Fällen steht jeweils einer im Zusammenhang mit dem Nachgeben in der Hauptsache, mit dem Nachgeben bei der Kostentragung und schließlich mit dem Entgegenkommen bei der prozessualen Behandlung der Streitsache.

αα) Nachgeben hinsichtlich noch nicht erhobener materiellrechtlicher Ansprüche

Zum ersten Fall, der eine Konkretisierung der Frage enthält, was "Nachgeben in der Hauptsache" bedeutet, zunächst folgendes Beispiel. Die Gesellschaft klagt gegen X auf Ersatz eines Schadens in Höhe von 4o.ooo,- DM, der dadurch entstanden ist, daß X vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft einen Prokuristen dazu bestimmt hat, zum Schaden der Gesellschaft zu handeln (§ 117 Abs. 1 u. 4). Im Prozeß macht X den Vorschlag, einen Prozeßvergleich des Inhalts zu schließen, daß er seine Verpflichtung in

---

Fortsetzung Fußnote 2, Seite 92:
Kostentragungsbeschluß (§ 271 Abs. 3 Satz 3 ZPO); dann geht die Kostenregelung des § 98 ZPO dem § 271 Abs. 3 ZPO vor; vgl. Thomas-Putzo, § 98 Anm. 2 b.

Höhe von 4o.ooo,- DM anerkennt, wogegen die Gesellschaft ihm bestätigen soll, daß sie keinen weitergehenden Anspruch habe, weder aus dem zugrundeliegenden Vorfall noch aus anderen Beeinflussungen desselben Prokuristen oder anderer Angestellter.

Nach dem oben Gesagten scheint ein solcher Vergleich auf den ersten Blick zulässig zu sein, denn der von der AG erhobene Anspruch in Höhe von 4o.ooo,- DM wird voll anerkannt; insofern ist kein materielles Nachgeben der Gesellschaft zu verzeichnen. Dennoch kommen einem dabei gewisse Bedenken. Die "Bestätigung" der Gesellschaft läuft praktisch auf einen Verzicht hinaus, noch ehe feststeht, ob und in welcher Höhe ein - weiterer - Anspruch besteht. Die AG begibt sich also zumindest eines potentiellen Anspruchs, und insoweit verschlechtert sie ihre materiellrechtliche Situation. Für sich genommen würde der Verzicht in gleicher Weise unwirksam sein wie ein Vergleich (§ 93 Abs. 4 Satz 3). Sollte er aber dadurch möglich werden, daß er im Rahmen eines Prozeßvergleichs erklärt wird? Dann hätte der Vorstand die Möglichkeit, durch Einklagen eines Teils der Forderung die vom AktG vorgesehenen Beschränkungen für Verzicht und Vergleich, insbesondere die Mitwirkung der Hauptversammlung und das Widerspruchsrecht der Minderheit, zu umgehen.

Es kann deshalb für den Begriff des materiellen Nachgebens nicht darauf abgestellt werden, welche Forderung von der AG in dem Prozeß erhoben wurde, der durch den Prozeßvergleich beendet werden soll; vielmehr müssen dabei alle materiellrechtlichen Ansprüche berücksichtigt werden, die der AG - auch nur möglicherweise - zustehen. Dieses Ergebnis wird außerdem durch den Hinweis auf §§ 147 Abs. 1 u. 2, 3o9 Abs. 4 Satz 1 u. 2 gestützt. Auch dieses aktive Durchsetzungsrecht der Aktionäre würde hinfällig, wenn der Vorstand in der

beschriebenen Weise auf Forderungen verzichten könnte. Genau das Gleiche muß übrigens für den umgekehrten Fall gelten, nämlich den, daß X negative Feststellungsklage gegen die Gesellschaft erhebt. Zunächst muß sich ja die AG eines Anspruchs berühmt haben, da anderenfalls die Klage des X schon wegen Unzulässigkeit abzuweisen wäre. Hat sich aber die AG in dieser Weise verhalten und bietet X, der zunächst die Feststellung beantragt hatte, daß der AG keine Forderung gegen ihn zustehe, nunmehr an, insoweit auf seinen Klaganspruch zu verzichten, als er die von der Gesellschaft behauptete Forderung anerkennt, so darf ihn die AG - aus den gleichen Gründen wie oben - auch nicht in einer darüber hinausgehenden Höhe freistellen.

Das Vorstehende bildet also keine Ausnahme von dem Grundsatz, daß die Vergleichsbeschränkungen des AktG nur bei einem materiellrechtlichen Nachgeben der AG im Prozeßvergleich zum Zuge kommen. Es handelt sich vielmehr nur um eine Klarstellung dessen, was unter "materiellem Nachgeben" zu verstehen ist.

ββ) Umgehung materiellrechtlicher Vergleichsbeschränkungen durch Vereinbarungen über die Kostentragung

Im Zusammenhang mit der oben unter β) getroffenen Feststellung, daß ein Prozeßvergleich mit prozessualem Nachgeben der AG nicht deshalb unzulässig wird, weil die AG gemäß § 98 ZPO Prozeßkosten zu tragen hat, bedarf es noch eines Eingehens auf den Fall, daß hinsichtlich der Kostentragungspflicht eine Vereinbarung getroffen wird, die von der gesetzlichen Regelung des § 98 ZPO zuungunsten der Gesellschaft abweicht. Man könnte auch hier darauf hinweisen, daß sich die materiellrechtlichen Vergleichsbeschränkungen des AktG nicht auf Vereinbarungen über die Prozeßkosten bezie-

hen, jedoch wäre eine solche Argumentation zu vordergründig. Eine sachgerechte Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit solcher Vereinbarungen erfordert es, sich vorher folgendes klarzumachen: Das Problem, ob der Vorstand mehr als die Hälfte der Prozeßkosten vergleichsweise übernehmen darf, ergibt sich nur dann, wenn die AG ihren materiellrechtlichen Anspruch voll durchgesetzt hat. Hätte nämlich die Gesellschaft materiell nachgegeben, so hinge die Zulässigkeit des Prozeßvergleichs nicht von der Vereinbarung über die Prozeßkosten ab; entweder wäre das materiellrechtliche Nachgeben erlaubt, dann wäre die Gesellschaft auch bei der Vereinbarung über die Prozeßkosten frei, oder der materiellrechtliche Vergleich wäre nicht zulässig, dann wäre der Prozeßvergleich als Ganzes unwirksam.

Hat aber die Gesellschaft sich materiell voll durchgesetzt und liegt ihr Nachgeben nur im prozessualen Bereich, so tauchen solange keine Probleme auf, wie ein materiellrechtlicher Vergleich uneingeschränkt möglich wäre. Der einzige Fall, der Aufmerksamkeit erfordert, ist also der, daß der Vorstand bei der Verteilung der Prozeßkosten ein über die gesetzliche Regelung des § 98 ZPO hinausgehendes Entgegenkommen zeigt und der Gesellschaft ein materiellrechtliches Nachgeben auf Grund der Vorschriften des AktG verwehrt ist. Hier liegt es auf der Hand, daß das Verbot des materiellrechtlichen Vergleichs durch Zugeständnisse bei den Prozeßkosten umgangen werden kann. Wenn beispielsweise die Gesellschaft gegen ein Aufsichtsratsmitglied einen Schadensersatzanspruch von 1oo.ooo,- DM einklagt und der sie vertretende Vorstand dem Beklagten vergleichsweise ein Viertel dieser Summe, also 25.ooo,- DM, erlassen möchte, so ist er daran möglicherweise gehindert (§§ 116, 93 Abs. 4 S. 3). Dennoch könnte er durch eine Vereinbarung über die Kostentragung seine

Absicht praktisch durchführen. Belaufen sich die Kosten insgesamt auf 5o.ooo,- DM, so könnten durch die vergleichsweise getroffene Vereinbarung, daß der Beklagte den Anspruch anerkennt, die klagende Gesellschaft aber die Prozeßkosten voll übernimmt, dem beklagten Aufsichtsratsmitglied letzten Endes doch 25.ooo,- DM erlassen werden; nur daß dieses nicht bei der eingeklagten Forderung geschieht, wo es rechtlich nicht möglich wäre, sondern bei den Prozeßkosten. Wirtschaftlich betrachtet macht das aber keinen Unterschied. Deshalb muß man gegebenenfalls eine solche Vereinbarung als wegen Gesetzesumgehung nichtig ansehen, und auch daraufhin muß das Gericht den von den Parteien erklärten Vergleich untersuchen. Das ist insofern nicht schwierig, als die Absicht der Gesetzesumgehung bei dem geschilderten Fall in aller Regel zu bejahen sein wird. Wenn sich nämlich die Gesellschaft materiellrechtlich mit ihrem Anspruch durchsetzt, d.h. wenn die andere Partei den Anspruch voll anerkennt, so ist überhaupt kein Grund ersichtlich, weshalb die AG mehr als die Hälfte der Prozeßkosten übernehmen sollte. Das gleiche gilt in dem anderen Fall, da negative Feststellungsklage gegen die AG erhoben wird und der Kläger später im Prozeß vergleichsweise Klagerücknahme oder -verzicht erklärt.

γγ) Die Auswirkung des § 147 AktG

Schließlich muß noch die Auswirkung des § 147 auf den Abschluß von Prozeßvergleichen untersucht werden. In dieser Vorschrift ist bestimmt, daß Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend gemacht werden müssen, wenn es die Hauptversammlung beschließt oder es eine Minderheit verlangt, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen. Daß dann, wenn die-

se Vorschrift zum Zuge kommt, ein Prozeßvergleich ausgeschlossen ist, läßt sich generell nicht behaupten. Zwar widerspricht ein Prozeßvergleich mit materiellem Nachgeben der AG dem rechtswirksamen Verlangen der Gruppe, die die - uneingeschränkte - Geltendmachung des Ersatzanspruchs forderte, jedoch kann nicht ausgeschlossen werden, daß diese Personen inzwischen auf Grund des Verfahrensergebnisses ihre Meinung geändert haben. Deshalb ist nicht anzunehmen, daß in diesen Fällen ein Vergleich nicht mehr geschlossen werden kann. Daß der Wille derjenigen Aktionäre, die die Geltendmachung gefordert hatten, nicht übergangen wird, ist dadurch sichergestellt, daß in allen Fällen, in denen sie nach § 147 Abs. 1 die Geltendmachung verlangen können, auch ein Prozeßvergleich, der materiellrechtliches Nachgeben enthält, nicht gegen ihren Willen geschlossen werden kann[1]. Es ist also zu betonen, daß die Möglichkeit nachträglichen Abschlusses eines Prozeßvergleichs - nach Ablauf der Dreijahresfrist - durchaus besteht, was umso mehr gelten muß, als die Minderheit im Falle des Unterliegens der Gesellschaft zur Kostenerstattung verpflichtet ist gemäß § 147 Abs. 4. Sie muß vernünftigerweise noch die Möglichkeit haben, diese drohende Belastung - zumindest teilweise - von sich abzuwenden[2], wenn sich auf Grund der Prozeßlage ein Unterliegen der Gesellschaft abzeichnet; und auch wenn die Hauptversammlung mit Stimmenmehrheit die

1 Vgl. §§ 5o, 53, 93 Abs. 4, 116, 117 Abs. 4 und oben unter d).

2 Dabei ist bei einem Vergleich mit materiellrechtlichem Nachgeben die Minderheit allerdings auf die Zustimmung der Hauptversammlung angewiesen. Wollte man allein die Zustimmung der Minderheit ausreichen lassen, umginge man die in §§ 5o, 93 Abs. 4 getroffene gesetzliche Regelung, die nun einmal die Zustimmung der Hauptversammlung verlangt. Demgegenüber muß die Gefahr in Kauf genommen werden, daß die Hauptversammlung die Minderheit an dem von ihr in Gang gebrachten Prozeß mit der Folge der Kostenerstattung festhält. Die gleiche Gefahr läuft die Minderheit immer wenn und solange wie die Dreijahresfrist noch nicht verstrichen ist.

Geltendmachung beschlossen hatte, muß es noch möglich sein, auf Grund besserer Einsicht die Gesellschaft vor Schaden zu bewahren, der sich aus einem Unterliegen im Prozeß mit der Folge alleiniger Kostentragung ergeben könnte.

Für einen Prozeßvergleich mit Entgegenkommen der Gesellschaft lediglich bei der Kostentragung gilt auch hier das unter ββ) Gesagte.

Wie aber, wenn der Vorstand vergleichsweise Klagerücknahme erklären möchte? Ein materielles Nachgeben liegt darin nicht. Für diese Fälle ist oben unter β) der Grundsatz aufgestellt worden, daß solche Prozeßvergleiche ohne Einschränkung möglich sind, also insbesondere nicht der Zustimmung der Hauptversammlung bedürfen bzw. nicht auf Grund eines Widerspruchs der Minderheit unzulässig werden. Danach könnte der Vorstand dem im Verlangen der Geltendmachung zum Ausdruck gekommenen Willen scheinbar nachgeben, um ihn dann durch eine Klagezurücknahme wieder zu ignorieren[1]. Diese Überlegung spricht für die Unzulässigkeit[2] eines solchen Prozeßvergleichs. Andererseits sollte es aber auch hier der Gruppe, die die Geltendmachung verlangt hatte, nicht verwehrt sein, durch ihr Einverständnis einen solchen Prozeßvergleich zu ermöglichen.

Eine Abwägung der Argumente führt zu folgendem Ergebnis. Ein Prozeßvergleich, bei dem die Gesellschaft lediglich prozessual nachgibt, indem sie Klagezurücknah-

---

1 Zwar könnte erneut die Geltendmachung verlangt werden, und die Aktionäre könnten von ihrem Recht aus § 147 Abs. 3 Gebrauch machen, d.h. besondere Vertreter für die Geltendmachung bestellen bzw. bestellen lassen, aber die Gesellschaft hätte zunächst einmal die aus dem geschlossenen Vergleich auf sie entfallenden Kosten zu tragen.

2 Nicht aber Unwirksamkeit, denn die Geltendmachung des Ersatzanspruchs kann erneut verlangt werden; siehe Fußnote 1.

me erklärt und Prozeßkosten übernimmt, ist unabhängig von der Dreijahresfrist[1] jederzeit zulässig, da er kein materielles Nachgeben enthält. Hatten jedoch die Aktionäre von ihrem Recht aus § 147 Gebrauch gemacht und mußte deshalb der Anspruch geltend gemacht werden, so sollte der Prozeßvergleich schon aus Gründen der Prozeßökonomie nur mit Zustimmung derjenigen Gruppe geschlossen werden können, die die Geltendmachung verlangt hatte, je nachdem also entweder mit Zustimmung der Hauptversammlung oder mit Zustimmung der Minderheit[2].

Für den Fall des § 147 gilt also eine teilweise Ausnahme von dem Grundsatz, daß bei bloß prozessualem Nachgeben der Gesellschaft der Vorstand im Abschluß von Prozeßvergleichen frei ist. Stellt das Gericht fest, daß gemäß § 147 die Geltendmachung des Anspruchs verlangt worden war, so hat es dieses zu beachten. Die Entgegennahme eines Prozeßvergleichs muß es ablehnen, wenn die erforderliche Zustimmung verweigert wird.

bb) Schwebende Unwirksamkeit

Was für die absolute Unwirksamkeit gilt, muß auch für die schwebende Unwirksamkeit gelten: Die prozessuale Seite des Prozeßvergleichs folgt der materiellen. Das bedeutet, daß ein Prozeßvergleich so lange schwebend unwirksam ist, wie die nach materiellem Recht erforderliche Zustimmung noch erteilt werden kann[3].

---

1 Der §§ 5o Satz 1, 93 Abs. 4 Satz 3.
2 Hier reicht - im Gegensatz zu Anm. 2 auf Seite 98 - die Zustimmung der einen Gruppe aus, da mangels materiellrechtlichen Nachgebens die Vergleichsbeschränkungen der §§ 5o, 93 Abs. 4 gar nicht zum Zuge kommen.
3 Vgl. Bonin, Seite 98.

Damit ist die Frage noch nicht beantwortet, wie sich das Gericht verhalten soll, dem ein solcher Prozeßvergleich vorgetragen wird, ob also der Richter einen schwebend unwirksamen Prozeßvergleich zulassen darf. Bedenken ergeben sich daraus, daß der Prozeßvergleich - auch - eine den Rechtsstreit beendende Prozeßhandlung ist und daß solche Prozeßhandlungen nach allgemeiner Meinung nicht bedingt und nicht befristet[1] vorgenommen werden dürfen[2, 3].

Andererseits ist unter dem materiellrechtlichen Blickwinkel die schwebende Unwirksamkeit durchaus zulässig[4]. Die Theorie von der Doppelnatur des Prozeßvergleichs hilft hier insoweit nicht weiter, als sie keine der beiden möglichen Lösungen zwingend vorschreibt; vielmehr ergibt sich gerade auf ihrem Boden das Dilemma der widerstreitenden Regeln über die Zulässigkeit, das durch den Grundsatz, "die Wirksamkeit (des Prozeßvergleichs) als Prozeßhandlung bestimme sich nach den Grundsätzen des Verfahrensrechts, während er als privatrechtlicher Vertrag den Regeln des materiellen Rechts unterliege"[5], keineswegs gelöst, sondern nur

---

1 Auf diese Problematik gehen Düringer-Hachenburg, die den Richter für verpflichtet halten, einen solchen Vergleich entgegenzunehmen, nicht ein; vgl. § 2o5 Anm. 4 am Ende.

2 Vgl. statt aller: Rosenberg-Schwab, § 65 IV 4 (Seite 312); Lent-Jauernig, § 29 VI 6 (Seite 89).

3 Baumgärtel, Seite 199, spricht deshalb als Vertreter der prozessualen Theorie des Doppeltatbestands den Parteien die Möglichkeit ausdrücklich ab, die Wirksamkeit des Prozeßvergleichs von der Wirksamkeit des "gleichzeitig abgeschlossenen materiellrechtlichen Vergleichs" abhängig zu machen.

4 So halten Schönke-Kuchinke den Abschluß eines Prozeßvergleichs unter einer Bedingung oder Befristung ohne Einschränkung für zulässig (§ 72 III, Seite 325), obwohl sie die Lehre von der Doppelnatur vertreten (§ 72 V, Seite 325), also einräumen, daß der Prozeßvergleich auch Prozeßhandlung ist; ebenso Rosenberg-Schwab, § 132 III 2 i (Seite 669).

5 Arndt, DRiZ 1965, 188.

offenbar wird. Daher erlaubt und erfordert diese Lehre eine Abwägung der Argumente. Auf der einen Seite steht das gemeinsame Interesse der Parteien und des Gerichts an der Klarheit der Prozeßsituation, auf der anderen Seite steht die Tatsache, daß ohne das Zugeständnis schwebender Unwirksamkeit ein Prozeßvergleich in den meisten Fällen nicht geschlossen würde, nämlich immer dann, wenn die Parteien im Termin nicht persönlich anwesend sind und die Anwälte sich erst rückversichern wollen und deshalb Widerrufsvorbehalt vereinbaren[1]. Dieses hat sich in der Praxis bewährt und kann aus zwei Gründen hingenommen werden. Erstens fördert es den Abschluß von Prozeßvergleichen, was durchaus in Einklang mit einer Grundtendenz der Zivilprozeßordnung steht[2], und zweitens sind in der Regel nur wenige Tage nötig, um die persönliche Zustimmung der Parteien einzuholen. Für eine so kurze Zeit erscheint die Unsicherheit darüber, ob der Prozeß beendet ist oder nicht, tragbar.

Anders ist es dagegen beim Einholen der Zustimmung der Hauptversammlung. Dieses kann schon wegen der gesetzlichen Bestimmungen in §§ 123 Abs. 1, 124 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 nicht binnen kurzer Zeit erfolgen, wenn nicht sogar der Vorstand wegen des beträchtlichen Aufwandes, den die Durchführung einer Hauptversammlung erfordert, möglichst bis zur nächsten turnusmäßigen Hauptversammlung mit der Einholung der Zustimmung warten möchte. Für eine so lange Zeit die den Pro-

1 Daß dadurch die Klarheit der Prozeßsituation nicht beeinträchtigt ist, wird zwar vereinzelt behauptet (vgl. Baumgärtel, Seite 2oo; dagegen Esser, Prozeßvergleich, Seite 733), kann jedoch nicht überzeugen, unabhängig davon, ob man darin ein vorbehaltenes Rücktrittsrecht oder eine aufschiebende Bedingung des Nichtwiderrufens erblickt; vgl. dazu BGHZ 46, 277, 279.

2 Siehe §§ 296 Abs. 1, 349 Abs. 1 Satz 1, 495 Abs. 2 ZPO.

zeß beendende Prozeßhandlung schwebend unwirksam sein zu lassen erscheint nicht wünschenswert. Hier ist dem Interesse an der Klarheit der Prozeßlage der Vorrang einzuräumen, zumal die ZPO gerade für solche Fälle eine besondere Möglichkeit vorgesehen hat: das Ruhen des Verfahrens (§ 251 Abs. 1 Satz 1 ZPO)[1].

Das Gericht muß also die Entgegennahme eines Prozeßvergleichs, der durch die Zustimmung der Hauptversammlung aufschiebend bedingt sein soll, ablehnen, wenn die Zustimmung nicht ausnahmsweise innerhalb weniger Wochen erteilt werden kann. Der Vorsitzende hat dabei im Rahmen des § 139 Abs. 1 und 2 ZPO die Parteien auf die Möglichkeit hinzuweisen, das Ruhen des Verfahrens zu beantragen und zwischenzeitlich die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen.

cc) Relative Unwirksamkeit

Da der Prozeßvergleich in Ansehung der materiellrechtlichen Bestimmungen über die Nichtigkeit nicht anders zu behandeln ist als jedes materielle Rechtsgeschäft, sind auch die Vorschriften über relative Unwirksamkeit auf ihn anwendbar[2]. Daran ändert sich nicht deshalb etwas, weil der Prozeßvergleich auch Prozeßhandlung ist,

---

1 Es ergibt sich auch dann nichts anderes, wenn die Parteien - um schwebende Unwirksamkeit zu vermeiden - so vorgehen, daß der Prozeßvergleich noch nicht geschlossen wird, sondern die eine Partei ein Angebot zum Abschluß eines Prozeßvergleichs abgibt, welches der Vorstand erst dann annehmen soll, wenn die Zustimmung durch die Hauptversammlung erteilt ist. Hier tritt zwar keine schwebende Unwirksamkeit, jedoch gleichfalls Unklarheit über die Prozeßlage ein. Solange die Annahme des vorgeschlagenen Prozeßvergleichs nicht erklärt ist, schweben die Vergleichsverhandlungen noch; gerade im Falle schwebender Vergleichsverhandlungen soll aber nach dem Wortlaut des § 251 ZPO das Ruhen des Verfahrens angeordnet werden.

2 Siehe Bonin, Seite 98, insbesondere Fußnote 36o.

denn erstens wird die prozessuale Wirkung "Streitbeendigung" von der relativen Unwirksamkeit nicht betroffen, und zweitens kann gerade unter dem Blickwinkel des Prozeßrechts die Tatsache nicht befremden, daß ein solcher Vergleich bestimmten Personen gegenüber nicht wirksam ist, schafft doch auch das Urteil Rechtsverbindlichkeit nur zwischen den am Streit unmittelbar beteiligten Parteien.

Für das Verhalten des Gerichts, vor dem der Prozeßvergleich geschlossen werden soll, ergibt sich keine Besonderheit. Es ist unter B III 2 darauf hingewiesen worden, daß die zur Gruppe § 93 Abs. 5 Satz 3 gehörenden Vorschriften kein Verbot enthalten, Prozeßvergleiche abzuschließen, sondern nur für Sonderfälle die Wirksamkeit gegenüber bestimmten Personen direkt regeln. Infolgedessen erlangen diese Vorschriften erst in einem späteren Prozeß Bedeutung, in dem ein Gläubiger der AG gegen den Gesellschaftsschuldner klagt und dieser sich auf den geschlossenen Prozeßvergleich berufen will.

2. Die Auswirkungen bei Klageverzicht und Klaganerkenntnis

Im folgenden soll untersucht werden, wie sich die schwebende, relative oder absolute Unwirksamkeit, von der ein Verzicht (oder ein Anerkenntnis gemäß § 397 Abs. 2 BGB) der Gesellschaft nach den Vorschriften des AktG betroffen sein kann, auf einen Klageverzicht oder ein Klaganerkenntnis auswirken. Daß bei dieser Frage Klaganerkenntnis und -verzicht zusammen abgehandelt werden können, ergibt sich aus den Ausführungen unter C I 3 a.

a) Die herrschende Lehre: Theorie der Prozeßhandlung

Wenn man Klaganerkenntnis und -verzicht eine Doppelnatur zusprechen könnte, ähnlich wie dem Prozeßvergleich, so bestünde die Möglichkeit, die bei diesem gewonnenen Ergebnisse weitgehend zu übernehmen oder doch zumindest darauf aufzubauen und nur noch auf die Unterschiede einzugehen, die sich daraus ergeben, daß der Prozeßvergleich eine reine Parteihandlung ist und an die Stelle des Urteils tritt, während bei Klaganerkenntnis und -verzicht das Gericht in der Regel noch das entsprechende Urteil erlassen muß[1].

In der Tat entscheidet sich eine in der Literatur anzutreffende Meinung - zum Teil unter Hinweis auf die Gleichartigkeit von Klaganerkenntnis und -verzicht einerseits und Prozeßvergleich andererseits - für die Doppelnatur[2]. Diese Meinung, die früher einmal die herrschende war[3] verliert heute immer mehr an Boden[4].

---

1 Ob allerdings die Behauptung richtig ist, "der Klageverzicht (sei) eine prozessuale Willenserklärung, deren Dispositionswirkung erst durch die Entscheidung des Gerichts vollendet (werde)" - so Bruns, § 3o I 1 (Seite 256) - muß sich erst noch erweisen.

2 Sydow-Busch, § 3o6 Anm. 1, § 3o7 Anm. 5; St-J-Sch-P, § 3o6 Anm. I 2, § 3o7 Anm. I 2, Bem. VI 2 vor § 128 (anders aber die 19. Aufl., vgl. Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 3o6 Anm. I 2, § 3o7 Anm. I 2); Schönke-Schröder-Niese, § 53 II, Seite 239 (anders aber die 9. Aufl., vgl. Schönke-Kuchinke, § 5o II 1, Seite 233); BGB-RGRK-Löscher, § 397 Anm. 3; Godin-Wilhelmi, § 5o Anm. 5; im Ergebnis wohl auch Staub-Pinner, § 2o5 Anm. 4; Lüke, JuS 1961, 46, Fußnote 56, für den verwaltungsgerichtlichen Anfechtungs- und Verpflichtungsprozeß; Peters-Sauter-Wolff, § 1o1 Anm. 3 (3. und 6. Absatz), für das Verfahren vor den Sozialgerichten; ebenso Binter, ZfS 1958, 232 (unter III.).

3 Siehe RGZ 156, 7o, 73.

4 Vgl. die zahlreichen Nachweise für diese Meinung in der älteren Literatur bei Süß, Seite 33 Fußnote 13 und bei Hegler, Seite 34 Fußnote 1.

Demgegenüber scheint sich die Auffassung von der rein prozessualen Natur von Klaganerkenntnis und -verzicht durchzusetzen; die heute ganz eindeutig herrschende Meinung bekennt sich dazu[1].

Eine schon im älteren Schrifttum unbedeutende Mindermeinung, die in neuerer Zeit gar nicht mehr anzutreffen ist[2], vertrat die Ansicht, bei Klaganerkenntnis und -verzicht handele es sich um rein materiellrechtliche Rechtsgeschäfte[3].

Bemerkenswert ist, daß sich unter den Vertretern der rein prozessualen Auffassung auch solche befinden, die beim Prozeßvergleich für eine materiellrechtlich-prozessuale Doppelnatur plädieren[4].

---

1 Vgl. Stein-Jonas-Pohle, Bem. XII 3 vor § 128; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 3o6 Anm. I 2, § 3o7 Anm. I 2; Thomas-Putzo, Einl. III 1 a, § 3o7 Anm. 1 b; B-L, Einführung zu §§ 3o6 ff. Anm. 1 A und 2 A; Zöller, Bem. 2 vor §§ 3o6, 3o7; Blomeyer, Lb., § 62 IV 2 (Seite 3o5); Rosenberg-Schwab, § 134 IV 1 (Seite 688), § 134 IV 7 b (Seite 693), § 134 V 2 e (Seite 696); Nikisch, § 66 I 2 (Seite 257); Bernhardt, Lb., § 24 III (Seite 153); de Boor, § 27 I 1 (Seite 165); Bruns, § 3o I 1 (Seite 256), § 3o II (Seite 257); Schönke-Kuchinke, § 5o II 1 (Seite 233); Lent-Jauernig, § 47 VI (Seite 147); Lent, Anerkenntnis, Seite 123; Lent, Klageverzicht, Seite 1o ff.; Pohle, JZ 1956, 54; Arens, § 17 (Seite 2o7 f.); Baumgärtel, § 2o I (Seite 145 f.); Niese, Seite 84; Wolf, § 1 I (Seite 7); als Vertreter dieser Meinung in der älteren Literatur vgl. Hegler, insbesondere Seite 223 ff.; H. Lehmann, Klaganerkenntnis, S. 217; Süß, § 4 (insbesondere Seite 53).

2 Siehe Wieczorek, § 3o6 Anm. A II.

3 Vgl. Eccius, Gruchot 3o, 465 ff.

4 Vgl. dazu Fußnote 1 und Fußnote 4 auf Seite 74.

b) Die Tendenz in der Rechtsprechung

Ehe darauf eingegangen wird, ob diese unterschiedliche Bewertung gerechtfertigt ist, und bevor die von den Vertretern der herrschenden Lehre ins Feld geführten Gründe näher untersucht werden, soll noch ein kurzer Blick darauf geworfen werden, welche Behandlung diese Frage in der Rechtsprechung erfahren hat. Hier läßt sich die gleiche Entwicklung verfolgen wie in der Lehre. Während in älteren Entscheidungen des Reichsgerichts der I., II., V. und VI. Senat in Übereinstimmung mit der damals herrschenden Lehre von der Doppelnatur erkennbar von einer - zumindest auch - materiellrechtlichen Wirkung von Klaganerkenntnis und -verzicht ausgingen[1], mochte das RG später daran nicht mehr so eindeutig festhalten. In einem Urteil vom 13.11.1922[2] hat der IV. Senat den Verzicht auf die Berufung als ein "rein prozessuales Rechtsgeschäft"[3] bezeichnet[4]. Der Entscheidung kommt jedoch in diesem Zusammenhang keine große Bedeutung zu, weil ein Verzicht auf die Berufung etwas anderes ist als ein Klageverzicht; dieser soll die Grundlage für ein erst noch zu erlassendes Urteil liefern, jener besagt dagegen nur, daß es mit einem bereits ergangenen Urteil sein Bewenden haben soll. Nachdem sich aber der V. Senat in einem Urteil vom 1o.7.1926 für das Klaganerkenntnis als reine Prozeßhandlung ausgesprochen hatte[5], hat der VIII. Senat in seinem Urteil vom 16.1.1933 zum Klageverzicht wohl noch an der Doppelnatur festgehalten, ist aber in

---

1 Siehe RGZ 75, 286, 289; 86, 44o, 441; 9o, 186, 19o; der II. Senat erachtete in RGZ 67, 154 ein Klaganerkenntnis der Annahme durch den Kläger für bedürftig, ging somit auch von der materiellrechtlichen Natur des Klaganerkenntnisses aus.

2 RGZ 1o5, 351.

3 A.a.O., Seite 355.

4 Insofern irren Thomas-Putzo (§ 3o7, Anm. 1 b), wenn sie meinen, das RG habe sich in dieser Entscheidung zur Doppelnatur bekannt.

5 RG JW 1926, 274o.

seiner Begründung hilfsweise auch auf die Gegenmeinung eingegangen[1], und der IV. Senat hat in seiner Entscheidung vom 28.1o.1937, bei der es wieder um ein Klaganerkenntnis ging, die Frage nach dessen Rechtsnatur ausdrücklich offengelassen[2].

Der BGH hat sich - in Übereinstimmung mit der heute herrschenden Lehre - in seinen Urteilen vom 1.7.1955[3] (zum Klageverzicht) und vom 1.1o.1957[4] (zum Klaganerkenntnis) für die rein prozessuale Anschauung entschieden[5]. Zu welchen Konsequenzen das führt, wird gerade am Beispiel der Entscheidung vom 1.7.1955 deutlich. Die Klägerin, die ein Grundstück an den Beklagten verkauft hatte, erhob Nichtigkeitsklage mit dem Antrag, den Beklagten zur Berichtigung des Grundbuchs zu verurteilen. Im Laufe des Verfahrens starb die Klägerin. An ihre Stelle trat ein minderjähriger Erbe. Dieser verzichtete auf den anhängigen Anspruch. Daraufhin beantragte der Beklagte gemäß § 3o6 ZPO, die Klage abzuweisen. Diesem Antrag wurde stattgegeben. Der BGH betont, es sei dabei nicht zu prüfen gewesen, ob dem durch seine Mutter als Vormund vertretenen Kläger die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu dem Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruches erteilt war, denn der Gültigkeit des Klageverzichts als einer Prozeßhandlung stehe ein etwaiges Fehlen der Genehmigung nicht entgegen.

Demnach soll also ein prozessualer Verzicht in einer Angelegenheit möglich sein, bei der ein materiellrechtlicher Verzicht nicht ohne weiteres möglich wäre, denn um wirksam auf den Grundbuchberichtigungsan-

---

1 Siehe RGZ 139, 221, 222.
2 RGZ 156, 7o, 73.
3 BGH JZ 1956, 62.
4 BGH ZZP 71, 95, 96.
5 Das BayObLG hatte im Jahre 1953 diese Frage noch offengelassen; siehe BayObLGZ N.F. 3, 111, 118.

spruch des § 894 BGB zu verzichten, bedarf es bei einem Minderjährigen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gemäß §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 BGB[1]. Diese unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen will der BGH in Kauf nehmen, obwohl es vom Ergebnis her auf das gleiche hinausläuft, ob auf einen Anspruch materiellrechtlich gemäß § 397 BGB verzichtet oder ob im Prozeß ein Klageverzicht im Sinne von § 3o6 ZPO erklärt wird[2]. Daß durch einen Klageverzicht zumindest indirekt auch die materiellrechtliche Lage des Klägers beeinflußt wird, erkennt der BGH durchaus an, wenn er in der gleichen Entscheidung formuliert: "Der Verzicht auf den Anspruch stellt zwar eine Verfügung dar, die nach § 1821 Abs. 1 Nr. 2 BGB[1] der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf. Der Vormund ist auch verpflichtet, diese Genehmigung einzuholen. ... Der Gültigkeit des Klageverzichts als einer Prozeßhandlung steht ein etwaiges Fehlen der Genehmigung nicht entgegen."[3]

---

1 Der BGH hält in der Entscheidung JZ 1956, 62, § 1821 Abs. 1 Nr. 2 für einschlägig; sofern er dabei nicht den sogenannten schuldrechtlichen Berichtigungsanspruch im Auge gehabt hat, ist dem nicht zuzustimmen, vielmehr kommt § 1821 Abs. 1 Nr. 1 zur Anwendung; vgl. Soergel-Germer, § 1821 Rdnr. 2; Staudinger-Engler, Erl. zu §§ 1821, 1822, Rdnr. 23.

2 Vgl. dazu unter C I 2.

3 Ob man aus dieser Formulierung entnehmen kann, daß der BGH in dieser Entscheidung den Klageverzicht nicht als reine Prozeßhandlung ansieht, sondern ihn als materiellrechtlich-prozessualen Doppeltatbestand wertet, ähnlich der von einigen Schriftstellern zum Prozeßvergleich vertretenen prozessualen Theorie des Doppeltatbestands (siehe dazu unter C II 1 a bb), läßt sich nicht eindeutig beantworten. Es spielt diese Frage auch insofern keine große Rolle, als in beiden Fällen das Ergebnis das gleiche ist: Der Klageverzicht ist ungeachtet der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung wirksam. Immerhin muß angemerkt werden, daß, wenn die aufgeworfene Frage zu bejahen wäre, dieses eine interessante Variante zu den heute vertretenen Theorien der reinen Prozeßhandlung bzw. der Doppelnatur darstellte. Da die materiellrechtliche Seite grundsätzlich anerkannt wäre, brauchte nur noch ihr Verhältnis zur prozes-

Somit wird die Möglichkeit geschaffen, im Wege des Klageverzichts oder -anerkenntnisses im Endeffekt genau das zu erreichen, was nach der Intention des Gesetzgebers, der den Schutz des Minderjährigen im Auge hatte, gerade verhindert werden soll. Daß hiermit geradezu ein Weg zur Gesetzesumgehung gewiesen wird[1], liegt auf der Hand. Ein weiteres Bedenken ergibt sich aus der Tatsache, daß die Frage anders entschieden werden müßte, wenn der Verzicht des Minderjährigen im Rahmen eines Prozeßvergleichs erklärt würde. Auf Grund der beim Prozeßvergleich anerkannten Doppelnatur wäre eine solche Erklärung ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung unwirksam[2].

Es ergibt sich also bei der Behandlung von Klaganerkenntnis und -verzicht zum einen ein im Grunde nicht gerechtfertigter Unterschied zu den entsprechenden Rechtsgeschäften des BGB, zum anderen muß man die fehlende Übereinstimmung zwischen Klaganerkenntnis und -verzicht einerseits sowie dem Prozeßvergleich andererseits feststellen. Beides läßt Zweifel aufkommen, ob die geschilderte Auffassung richtig ist.

Festgehalten werden muß noch, daß die Möglichkeit der Umgehung von Wirksamkeitsvoraussetzungen des materiel-

---

Fortsetzung Fußnote 3, Seite 1o9:
sualen Seite erörtert zu werden, das entweder im Sinne der Theorie des Doppeltatbestands oder der Doppelnatur gesehen werden könnte.

1 Insoweit überzeugen die Ausführungen Eccius' in Gruchot 3o, 466 f. noch heute; vgl. die dort angeführten Beispiele.

2 Vgl. RGZ 133, 259, wo in einem ganz ähnlich liegenden Fall für einen im Rahmen eines Prozeßvergleichs erklärten Verzicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für notwendig gehalten wurde, obwohl das RG in dieser Entscheidung den Prozeßvergleich als Prozeßhandlung ansah (ob damit nur gemeint war, daß der Prozeßvergleich a u c h Prozeßhandlung ist, läßt sich nicht zweifelsfrei erkennen).

len Rechts nicht nur hinsichtlich der bei bestimmten Rechtsgeschäften Minderjähriger notwendigen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung besteht, sondern bei allen Erfordernissen des materiellen Rechts gegeben ist, die nicht ihre Entsprechung im Prozeßrecht haben. (Es ist also nicht möglich, daß ein Minderjähriger durch Klaganerkenntnis die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters umgeht, da ihm insoweit nicht nur die Geschäfts-, sondern auch die Prozeßfähigkeit fehlt.) Das gilt insbesondere auch für die im Rahmen dieser Untersuchung eigentlich interessierenden materiellen Verzichtsbeschränkungen des AktG. So müßte es beispielsweise dem Vorstand möglich sein, auf die negative Feststellungsklage eines Gründers hin ein Klaganerkenntnis abzugeben, ohne daß die nach § 5o notwendige Zustimmung der Hauptversammlung vorliegt. Auch könnte der Vorstand bei anhängiger Schadensersatzklage gegen einen Gründer wirksam den Klageverzicht erklären und damit den Anspruch endgültig aufgeben, obwohl die in § 5o aufgestellte 3-Jahres-Frist noch nicht abgelaufen ist. Nach der geschilderten Entscheidung des BGH[1] wäre es geradezu verwunderlich, wenn es anders sein sollte. Die Beschränkungen in § 5o dienen dem Schutz der AG und der Aktionäre; § 1821 BGB dient dem Schutz des Minderjährigen. Wenn schon der vom Gesetzgeber sehr stark ausgebaute Schutz des Minderjährigen außer Betracht bleibt, kann nicht erwartet werden, daß Schutzvorschriften, die zugunsten von Aktionären bestehen, berücksichtigt werden.

Dies alles ist - folgt man der Meinung, daß die Wirksamkeit von Prozeßhandlungen nur nach prozessualen Grundsätzen zu behandeln ist[2] - die notwendige Folge

1 JZ 1956, 62.
2 Rosenberg-Schwab, § 63 IV (Seite 3o2); Blomeyer, Lb., § 3o I 1 (Seite 133); Schönke-Kuchinke, § 31 I (Seite 134) sowie § 31 II (Seite 135); abweichend: Henckel, Prozeßrecht, Seite 31 und 138/39; Häsemeyer, ZZP 85, 227.

aus der Auffassung, wonach Klaganerkenntnis und -verzicht reine Prozeßhandlungen sind. Voraussetzungen, die das materielle Recht aufstellt, müssen danach grundsätzlich unberücksichtigt bleiben.

c) Übernahme materiellrechtlicher Unwirksamkeitsgründe in die prozessuale Betrachtungsweise durch die herrschende Lehre

Nun führen freilich die Vertreter der prozessualen Theorie diese nicht uneingeschränkt durch. Auch sie haben sich der Erkenntnis nicht verschließen können, daß eine konsequente Beachtung der sich aus ihrer Auffassung ergebenden Folgen zu teilweise untragbaren Ergebnissen führt. Um dieses nach Möglichkeit zu vermeiden, rekurrieren diese Schriftsteller und auch der BGH[1] bei der Entscheidung über die Wirksamkeit dieser Prozeßhandlungen schließlich doch wieder auf das materielle Recht. Dabei müssen allerdings Zweifel aufkommen, ob dieses Vorgehen methodisch einwandfrei ist. Diese Zweifel werden noch dadurch bestärkt, daß offenbar keine Einigkeit darüber besteht, wie weit die Heranziehung von Regeln des materiellen Rechts für die Beurteilung von Klaganerkenntnis und -verzicht gehen soll.

aa) Das Klagebegehren, das auf einen unsittlichen oder gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Erfolg gerichtet ist

Das RG hat sich zu dieser Frage zuerst dahingehend geäußert, daß der Antrag, dem Anerkenntnis gemäß zu verurteilen, abzulehnen sei, "wenn sich der Erlaß des beantragten Urteils aus Gründen, die der Parteienverfü-

1 Vgl. BGH ZZP 71, 95, 96.

gung entzogen sind, verbietet"[1]. Als Beispiel für diese weit und etwas ungenau geratene Formulierung hat es in dieser Entscheidung aber nur den Fall angeführt, daß der Beklagte zu einer Handlung verurteilt werden müßte, die das Gesetz unter Strafe stellt[1]. Unter eine so allgemein formulierte Ausnahmeregelung lassen sich indessen wesentlich mehr Fälle begreifen, und als unstrittig ist es insofern wohl anzusehen, daß ein Anerkenntnisurteil nicht nur dann unterbleiben muß, wenn die verlangte Handlung mit Strafe bedroht ist, sondern ganz allgemein in jedem Fall, da ihr ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB entgegensteht[2]. Das Gleiche soll gelten, wenn das Klagebegehren auf etwas Unsittliches gerichtet[3] oder die begehrte Rechtsfolge tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist[4].

Arens[5] will in materieller Hinsicht überhaupt nur die Ausnahme zulassen, daß "keine ihrer Art nach unmögliche Rechtsfolge ausgesprochen werden darf". Demnach müßte er dafür sein, daß unsittliche oder verbotene Rechtsfolgen gegebenenfalls zuerkannt werden. Ob er das wirklich will oder ob man aus seiner Bezugnahme[6]

---

1 RG JW 1926, 2740.
2 Vgl. B-L, Einführung zu §§ 306 ff. Anm. 2 C; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 307 Anm. III 2; Thomas-Putzo, § 307 Anm. 2 d; Rosenberg-Schwab, § 134 IV 3 b (Seite 690); Blomeyer, Lb., § 62 III 3 (Seite 302); Nikisch, § 66 II 2 (Seite 259); Lent-Jauernig, § 47 III (Seite 146); Pohle, JZ 1956, 54 (zum Klaganerkenntnis), 55 (zum Klageverzicht).
3 Vgl. Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 307 Anm. III 2; Thomas-Putzo, § 307 Anm. 2 d; Lent-Jauernig, § 47 III (Seite 146); Blomeyer, Lb., § 62 III 3 (Seite 302); Rosenberg-Schwab, § 134 IV 3 b (Seite 690); Nikisch, § 66 II 2 (Seite 259).
4 Vgl. Thomas-Putzo, § 307 Anm. 2 d; Blomeyer, Lb., § 62 III 2 a (Seite 301); Rosenberg-Schwab, § 134 IV 3 b (Seite 690); Nikisch, § 66 II 2 (Seite 259); Lent-Jauernig, § 47 III (Seite 146); Arens, § 17 (Seite 205).
5 § 17 (Seite 205).
6 A.a.O., Seite 205 Fußnote 6.

auf Rosenberg herauslesen soll, daß er entgegen dem allgemeinen Sprachgebrauch[1] als - rechtlich - unmögliche Rechtsfolge auch die Verpflichtung zu einer verbotenen oder unsittlichen Leistung angesehen wissen will, bleibt unklar.

Pohle[2] weist zu Recht darauf hin, daß, soweit unsittliche oder verbotene Handlungen in Frage stehen, nicht nur ein derartiges Leistungsurteil nicht ergehen dürfe, sondern daß die Unbeachtlichkeit des Anerkenntnisses auch bei Feststellungsklagen gelte. Läßt sich bis hierhin noch eine weitgehende Einmütigkeit über das Heranziehen materiellrechtlicher Kriterien und die darin bestehende Durchbrechung der prozessualen Betrachtungsweise[3] feststellen, so kann man das von allen folgenden Fragen nicht mehr sagen.

bb) Ansprüche aus einem wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtigen Grundgeschäft

War die Unstatthaftigkeit eines Urteils, das auf Anerkenntnis hin zu einer sittenwidrigen Leistung verurteilt, noch allgemein anerkannt[4], so gehen die Meinungen schon über die Frage auseinander, ob das Gericht im Wege des Anerkenntnisurteils zu einer für sich genommen wertneutralen Leistung (beispielsweise einer Geldzahlung) verurteilen darf, die auf einem sittenwidrigen Grundgeschäft beruht. Vereinzelt wird

---

1 Der unter den Begriff der "Unmöglichkeit" nur die Fälle zählt, die nicht sittenwidrig oder verboten im eigentlichen Sinne sind; beispielsweise: Feststellung des Kellereigentums (Blomeyer, Lb., § 62 III 2 a, Seite 3o1 Fußnote 4).

2 JZ 1956, 55.

3 Daß es sich um eine Durchbrechung handelt, gibt Pohle ausdrücklich zu; siehe JZ 1956, 54/55.

4 Vgl. Fußnote 3 auf Seite 113.

diese Frage bejaht, teils unter Hinweis darauf, daß die Rechtsfolge an und für sich möglich und erlaubt sei und das Anerkenntnis die Prüfung des Streitstoffs ausschließe[1], teils mit der formalen Argumentation, der Sieg des Klägers beruhe nicht auf dem ungültigen Grundgeschäft, sondern einzig und allein auf dem Anerkenntnis des Beklagten[2]. Danach könnte das Gericht in die Lage kommen, einen Beklagten zur Leistung von Dirnenlohn zu verurteilen bzw. bei einer Feststellungsklage durch Urteil die Feststellung zu treffen, daß zwischen der Dirne und ihrem Freier ein Rechtsverhältnis bestehe, kraft dessen dieser der Dirne zur Zahlung ihres Lohnes verpflichtet sei[3] - und das alles trotz § 138 BGB! Mehr noch: Wenn ein gedungener Mörder seinen Lohn einklage, so müsse das Gericht im Falle eines Klaganerkenntnisses auch diesen zusprechen[4], denn die Zahlung des Geldes habe nichts Unerlaubtes an sich[5]. Die aus einem nichtigen Grundgeschäft verlangte Leistung soll also nicht nur dann zugesprochen werden, wenn die causa infolge Sittenwidrigkeit nichtig ist, sondern auch dann, wenn ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz vorliegt. Auch insoweit haben sich Rosenberg-Schwab dieser Meinung angeschlossen[6]. Unklar ist die Stellungnahme zum Fall des nichtigen Grundgeschäfts bei Thomas-Putzo[7].

Die wohl überwiegende Meinung vertritt den gegenteiligen Standpunkt. Heinsheimer[8] führt aus, die Formulierung des RG, der Antrag auf Erlaß des Anerkenntnisurteils sei abzulehnen, wenn es sich "aus Gründen ver-

---

1 Rosenberg-Schwab, § 134 IV 3 c (Seite 69o).
2 So Reichel, AcP 1o4, 91.
3 Dieses Beispiel wird von Reichel selbst angeführt; a.a.O., Seite 89/9o.
4 Reichel, a.a.O., Seite 91.
5 Reichel, a.a.O., Seite 94.
6 Rosenberg-Schwab, § 134 IV 3 c (Seite 69o).
7 Siehe § 3o7 Anm. 2 e.
8 JW 1926, 274o.

biete, die der Parteivereinbarung entzogen seien"[1], umfasse auch die Fälle, wo die verlangte Handlung an sich zulässig sei, die Pflicht zu ihrer Vornahme aber aus einem nichtigen Grundgeschäft hergeleitet werde. Süß weist darauf hin, daß es keinen prinzipiellen Unterschied bedeute, ob der gedungene Mörder auf Ausführung der von ihm vertraglich übernommenen Handlung verklagt werde oder ob er nach Ausführung der Tat den vereinbarten Lohn einklage[2]; es handele sich um denselben Vertrag, der sich nur in verschiedenen Stadien seiner Ausführung befinde[3].

Im Ergebnis wird diese Meinung noch von einer Reihe weiterer Autoren vertreten[4]. Zu ihnen wird man auch Wolf zählen müssen, wenngleich seine Ausführungen an verschiedenen Stellen der Monographie[5] durchaus unterschiedliche Interpretationen zulassen. Da dieses leider symptomatisch ist für die unklaren Formulierungen, mit denen die Diskussion oft bestritten wird und die eine Stellungnahme erschweren, sei es hier in aller Kürze beispielhaft ausgeführt. Auf Seite 59 schreibt Wolf: "Soweit es der Partei gestattet ist, eine Rechtsfolge durch Rechtsgeschäft herbeizuführen, ist ihr Anerkenntnis im Prozeß zu beachten." Beurteilt man anhand dieses Kriteriums den schon angeführten Fall, daß der berufsmäßige Killer nach Ausführung seines Auftrags den vereinbarten Lohn einklagt, so muß man zu dem Schluß kommen, daß das Gericht auf Anerkenntnis des Beklagten hin ein entsprechendes Urteil zu erlas-

---

1 RG JW 1926, 274o.
2 Wenn dieses Beispiel auch etwas wirklichkeitsfremd ist, so ändert das doch nichts am Grundsätzlichen.
3 Süß, § 17 (Seite 182).
4 Vgl. Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 3o7 Anm. III 2; Blomeyer, Lb., § 62 III 2 a (Seite 3o1); Nikisch, § 66 II 2 (Seite 259); Hellwig, System I, § 149 IV 1 (S. 444); Goldschmidt, Lb., § 34, 2 (S. 1o4).
5 Wolf, Das Anerkenntnis im Prozeßrecht.

sen habe, denn zweifellos ist es jeder geschäftsfähigen Person grundsätzlich gestattet, eine Rechtsfolge der bezeichneten Art (Verpflichtung zur Zahlung von 5.000,- DM) durch Rechtsgeschäft herbeizuführen. Auf Seite 60 heißt es dann aber: "Da sich die Bindungswirkung (für das Gericht) aber nur aus der materiellrechtlichen Herrschaft der Parteien über ihr Rechtsverhältnis ableiten läßt, muß sich das Anerkenntnis notwendig auf die Rechtsverhältnisse beziehen, über die den Parteien die Herrschaft zusteht." Danach müßte der gleiche Fall gegenteilig entschieden werden. Das Gericht dürfte trotz Anerkenntnis dem Mörder nicht die vereinbarte Belohnung zusprechen, denn den Parteien steht eine Herrschaft über das Rechtsverhältnis natürlich nicht zu; sie können nicht wirksam vereinbaren, daß ihr Vertrag trotz Unsittlichkeit und trotz Verstoßes gegen das Strafgesetz gleichwohl gültig sein soll.

Insgesamt wird man Wolf wohl im Sinne der letztgenannten Ausführungen verstehen müssen, so daß auch er zu den Schriftstellern zu rechnen ist, die für eine Unwirksamkeit solcher Anerkenntnisse eintreten, denen ein nichtiges Rechtsgeschäft zugrunde liegt.

cc) Die materiellrechtliche Genehmigungspflicht

Die nächste Frage ist, wie sich eine materiellrechtliche Genehmigungspflicht auf Klaganerkenntnisse oder Klageverzichte auswirkt, bei denen es an dieser Zustimmung fehlt. Auch hier wieder ist unter den Vertretern der herrschenden Lehre keine einheitliche Meinung festzustellen. Pohle[1] äußert die Ansicht, daß die durch eine Genehmigungspflicht geschützten Interessen nicht

---

1 JZ 1956, 55.

grundsätzlich geringer bewertet werden könnten als die durch Verbotsgesetze geschützten. Deshalb müsse eine Genehmigungspflicht, obwohl sie sich im allgemeinen nur auf materiellrechtliche Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte beziehe und somit die - nach seiner Meinung - Prozeßhandlungen des Anerkenntnisses und Verzichts eigentlich nicht treffe, vom Richter in gleicher Weise beachtet werden wie ein Verbotsgesetz. Dem ist im Ergebnis sicherlich zuzustimmen. Die Richtigkeit dieser These läßt sich gut am Beispiel des § 5o nachweisen. Die Dreijahresfrist und das Zustimmungserfordernis sollen die Gesellschaft und die Aktionäre in ihrer Gesamtheit schützen. Die geschützen Interessen sind also in beiden Fällen dieselben; dennoch ist das eine ein Verbot, und das andere stellt eine Genehmigungspflicht dar[1].

Leider wird diese richtige Erkenntnis von Pohle im folgenden wieder außer acht gelassen[2], wenn er meint, das Fehlen der v o r m u n d s c h a f t s g e r i c h t l i c h e n Genehmigung beeinträchtige die Wirksamkeit des Klaganerkenntnisses oder -verzichts aber nicht. Eine überzeugende Begründung dafür bleibt Pohle schuldig. Wenn er sich auf § 54 ZPO beruft, wonach das Fehlen der besonderen Ermächtigung des § 1821 BGB[3] nicht die Gültigkeit von Prozeßhandlungen des gesetzlichen Vertreters beeinträchtigt, gleichzeitig aber die abweichende Rechtsprechung zum Prozeßvergleich[4] billigt, so argumentiert er schließlich doch wieder mit der Wesensverschiedenheit von Vergleich einerseits, Anerkenntnis und Verzicht andererseits. Der Prozeßvergleich sei auch materielles Rechtsgeschäft, während Klaganerkenntnis und -verzicht reine Prozeßhandlungen

1 Siehe unter B I 2 a) und b).
2 A.a.O., Seite 55 unter 3.
3 Vgl. Stein-Jonas-Pohle, § 54 Anm. III.
4 Siehe RGZ 133, 259.

seien[1]. Es handelt sich also um eine petitio principii, denn dieser Wesensunterschied, von dem Pohle als Voraussetzung ausgeht, steht ja gerade in Frage.

Auch die sonstigen Ausführungen in der Literatur zu dieser Frage sind, soweit sich die Autoren überhaupt dazu äußern, teils unklar, teils widersprüchlich. Während Baumbach-Lauterbach einerseits meinen, das Gericht habe k e i n e Prüfung vorzunehmen, ob der Verzicht materiell berechtigt sei[2] (dazu müßte doch auch die Frage gehören, ob der Verzichtende die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis hat oder ob er nach materiellem Recht einer Genehmigung bedarf), betonen sie andererseits, das Anerkenntnis sei nur soweit wirksam, als das Rechtsverhältnis der Verfügung der Parteien unterliege[3] und daß der Antrag auf Erlaß eines Anerkenntnis- oder Verzichtsurteils als rechtsmißbräuchlich zurückzuweisen sei, wo offensichtlich die Benachteiligung eines Dritten[4] angestrebt werde[5].

Aus der Kommentierung von Stein-Jonas-Schumann/Leipold ist ebenfalls schwer herauszufinden, was die Verfasser eigentlich meinen. Eindeutig ist allerdings die letzte der zu diesem Fragenkomplex gemachten Anmerkungen, wo es heißt: "Aus dieser Auffassung des Anerkenntnisses als reiner Prozeßhandlung folgt ..., daß es im Prozeß wirksam erklärt werden kann, selbst wenn eine materiellrechtliche Genehmigung ... fehlt"[6]. Etwas anders hört es sich an einer Stelle der Kommentierung zum Klageverzicht an. Dort heißt es: "... darf

---

1 Vgl. Pohle, JZ 1956, 55.
2 B-L, § 3o6 Anm. 2 B.
3 B-L, § 3o7 Anm. 2 C.
4 Dieser Dritte könnte, wenn das Gericht die Genehmigungspflicht unbeachtet zu lassen hätte, häufig gerade der sein, zu dessen Schutz die Genehmigungspflicht besteht.
5 B-L, Bem. 2 B in Einführung zu §§ 3o6 ff.
6 Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 3o7 Anm. I 2 a.E.

die prozessuale Möglichkeit des Verzichtsurteils nicht zu materiellrechtlichen Folgen führen, die die Parteien durch Vertrag nicht vereinbaren können, weil sonst das materielle Recht umgangen werden könnte. Die Prüfung des Gerichts beschränkt sich also darauf, ob die Rechtsfolge nach den Regeln des materiellen Rechts durch einen einfachen Willensakt des Klägers, sei es auch nur in seiner Person aufgegeben werden kann."[1] Da der Kläger im Falle des § 1821 BGB nicht in der Lage ist, materiell die Rechtsfolge durch bloßen Willensakt aufzugeben, könnte man aus dieser Textstelle entnehmen, daß bei fehlender Genehmigung der Verzicht unbeachtlich sein soll, zumal etwas später erläuternd hinzugefügt wird: "Unwirksam ist die Erklärung des Verzichts ferner, wenn dem Kläger zu dem Verzicht die Verfügungsbefugnis fehlt."[2] In dieser Erwartung sieht man sich jedoch getäuscht, wenn man in Anm. I 2 zu § 3o6 liest, daß der Verzicht "reine Prozeßhandlung und in seinen Wirksamkeitsvoraussetzungen allein nach Prozeßrecht zu beurteilen" sei und daß daraus der Schluß gezogen werden müsse, daß der Klageverzicht eines unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen in jedem Falle ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wirksam sei[3].

Klar und eindeutig ist die Stellungnahme von Rosenberg-Schwab zu diesem Punkt, die sich im Anschluß an BGH JZ 1956, 62 - als Vertreter der prozessualen Theorie konsequent - dazu bekennen, daß ein Vormund zur Erklärung des Klaganerkenntnisses berechtigt sei, unabhängig davon, ob der entsprechende privatrechtliche Vertrag der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfe[4]. Die Ausführungen Blomeyers lassen eher darauf

1 Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 3o6 Anm. II.
2 A.a.O., § 3o6 Anm. II 1.
3 A.a.O., § 3o6 Anm. I 2 Fußnote 7.
4 Rosenberg-Schwab, § 134 IV 4 b (Seite 691).

schließen, daß er auch insoweit das materielle Recht für beachtlich hält[1] und kein Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil ergehen lassen will, wenn die Parteien - wie im Falle der notwendigen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung - die erstrebte Rechtslage materiellrechtlich nicht allein durch einen Vertrag herbeiführen könnten.

Eine eindeutige Stellungnahme findet sich bei Süß zu dieser Frage, dessen Meinung aber genau im Gegensatz zu der von Rosenberg-Schwab steht. Süß unterscheidet dabei zum einen den Fall, daß materiellrechtlich die Zustimmung e i n e s D r i t t e n (einer Privatperson) zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts notwendig ist, zum anderen die gesetzlich geforderte v o r m u n d s c h a f t s g e r i c h t l i c h e Genehmigung. Er kommt jedoch in beiden Fällen zum gleichen Ergebnis. Im ersten Fall müsse der Richter stets prüfen, ob die Genehmigung des Dritten erteilt sei[2] und - sofern das nicht geschehen - das Anerkenntnisurteil verweigern, denn es liege im allgemeinen Interesse, daß die Rechte Dritter, zu deren Wahrung der Gesetzgeber das Genehmigungserfordernis aufgestellt habe, im Prozeß beachtet würden[3]. Auch im zweiten Fall, d.h. bei Fehlen der notwendigen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, müsse das Anerkenntnis unwirksam[4] sein, da sonst die vom Gesetzgeber aus wohl erwogenen Gründen aufgestellten, dem Schutz des Minderjährigen dienenden Vorschriften durch ein Anerkenntnis im Prozeß

1 Vgl. Blomeyer, Lb., § 13 II 3 (Seite 65) und § 62 III (Seite 3oo).
2 Was immer dann der Fall sei, wenn der Dritte selbst das Anerkenntnis abgebe.
3 Süß, § 19, Seite 231 f.
4 Im Text auf Seite 233 unten heißt es zwar "wirksam" und nicht "unwirksam", jedoch ergibt sich aus dem Zusammenhang eindeutig, daß es sich hierbei um einen Druckfehler handelt und tatsächlich "unwirksam" gemeint ist.

umgangen werden könnten und damit illusorisch würden[1]. Süß ist darin Recht zu geben, daß die vom Gesetz geforderte vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für den Richter mindestens ebenso beachtlich ist wie die vorgeschriebene Genehmigung eines Dritten. Ihm ist daher zuzustimmen, wenn er in beiden Fällen den Erlaß eines Anerkenntnis- oder Verzichtsurteils im Falle fehlender Genehmigung für unstatthaft hält. Das unterschiedliche Ergebnis, zu dem sich Pohle[2] - wohl mit Rücksicht auf das Urteil BGH JZ 1956, 62 - bekennt, ist nicht begründet.

Es stellt sich bei näherer Betrachtung heraus, daß die hier teilweise schon aufgezeigten - zunächst rätselhaften - Diskrepanzen bei den Vertretern der herrschenden Lehre daraus resultieren, daß sich diese Autoren vor das Dilemma gestellt sehen, einerseits an der von ihnen apodiktisch aufgestellten Lehre von der rein prozessualen Natur festhalten zu sollen, andererseits in Einzelfragen zu tragbaren Ergebnissen kommen zu müssen (was freilich auf dem Boden ihrer Theorie nicht möglich ist). So verleugnen sie denn zunächst einmal im Interesse billigenswerter Ergebnisse ihre theoretische Ausgangsposition durch weitreichende Formulierungen über die Berücksichtigung des materiellen Rechts, um dann in einzelnen Fällen doch wieder in ihre "prozessuale Betrachtungsweise" zurückzufallen, darin bestärkt durch die angeführten neueren BGH-Urteile[3].

Süß hält zwar den Grundgedanken von der Beachtlichkeit des materiellen Rechts konsequent durch und gelangt damit zu den richtigen Ergebnissen, allein man fragt sich, was dabei von der Theorie der reinen Prozeßhand-

1 Süß, a.a.O., Seite 233 f.
2 JZ 1956, 55.
3 Siehe Fußnoten 3 und 4 auf Seite 1o8.

lung eigentlich noch übrigbleibt. Von der von ihm propagierten Eigenständigkeit des Prozeßrechts[1] ist nicht mehr viel zu spüren, da er in allen Fällen auf die materiellrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen zurückgreifen muß. Daß er folglich der Sache nach eine materiellrechtliche Auffassung vertritt, läßt sich durch den Kunstgriff, statt von "fehlender materiellrechtlicher Dispositionsbefugnis" von "Rechtsschutzunfähigkeit" bzw. "schwebender Rechtsschutzunfähigkeit" zu sprechen[2], nur mangelhaft verdecken.

dd) Die Formvorschriften des materiellen Rechts

Unter dem gleichen Spannungsverhältnis zwischen der prozessualen Auffassung einerseits und der Heranziehung materiellrechtlicher Normen andererseits steht schließlich auch die Beantwortung der Frage, ob eine materiellrechtliche Formvorschrift bei einem Klaganerkenntnis oder -verzicht unbeachtlich ist. Deshalb stehen sich auch hier wieder die Meinungen verschiedener Autoren konträr gegenüber, wenngleich sie übereinstimmend die prozessuale Auffassung vertreten. So halten beispielsweise Baumbach-Lauterbach[3], Blomeyer[4], Rosenberg-Schwab[5], Goldschmidt[6], Heinsheimer[7] und Reichel[8] bei einem gerichtlichen Anerkenntnis die Beachtung der materiellrechtlich vorgeschriebenen Form für entbehrlich. Nikisch[9] hingegen vertritt unter Hinweis darauf, daß der Prozeß nicht dazu bestimmt sei, Rech-

1 Vgl. Süß, Seite 29.
2 Vgl. Süß, § 15 (Seite 167), § 19 (Seite 231).
3 Einf. zu §§ 3o6 ff., Anm. 2 A.
4 Lb., § 62 III 2 b (Seite 3o2).
5 § 134 IV 3 c (Seite 69o).
6 Lb., § 34, 2 (Seite 1o4).
7 JW 1926, 274o.
8 AcP 1o4, 95 f.
9 § 66 II 2 (Seite 259).

te neu zu begründen, die Ansicht, daß trotz eines Klaganerkenntnisses kein Anerkenntnisurteil ergehen dürfe, wenn das materielle Recht eine bestimmte Form für das Rechtsgeschäft vorschreibe[1]. Anderenfalls würde der Zweck der gesetzlichen Formvorschriften vereitelt[2]. Differenzierend äußert sich Süß zu dieser Frage, und zwar im Sinne einer Heilung des Formmangels durch das gerichtliche Anerkenntnis bei e i n s e i t i g formbedürftigen Verträgen[3].

Besonders bemerkenswert, wenn auch nicht gerade der Klarstellung dienend, sind die Ausführungen von zwei Autoren, die sich zu dieser Frage selbst widersprechen. Während Hellwig in seinem Lehrbuch die Meinung vertritt, das Gericht dürfe bei Abgabe eines Klaganerkenntnisses nicht mehr auf die Einhaltung der materiellrechtlich vorgeschriebenen Form achten[4], hält er es an anderer Stelle nicht für angängig, dem Gericht zuzumuten, auf Grund eines formnichtigen Vertrages zu verurteilen[5]. Mag man Hellwig noch zugute halten, daß zwischen beiden Äußerungen ungefähr neun Jahre gelegen haben, so kann man diese Entschuldigung bei Schumann/Leipold nicht anführen. Nachdem in der 19. Auflage des Kommentars von Stein-Jonas die zuvor von Schönke vertretene Theorie der Doppelnatur aufgegeben worden ist, kann man dort zu dieser Frage nunmehr - getrennt durch lediglich vier Seiten - folgende drei Anmerkungen lesen. Nachdem in Anm. II 1 zu § 3o6 zunächst Fälle angeführt worden sind, in denen der Klageverzicht un-

---

1 Im Ergebnis ebenso: St-J-Sch-P, § 3o7 Anm. III 2.
2 Vgl. dazu auch Bernhardt, Sachverhalt, Seite 2o f., zum Fall der übereinstimmenden Parteiansicht über ein präjudizielles Rechtsverhältnis.
3 Vgl. Süß, § 17 (Seite 189 ff., insbes. Seite 198).
4 Vgl. Hellwig, Lb., I. Band, § 24 III, Fußnote 21 auf Seite 166.
5 Vgl. Hellwig, System I, § 149 IV 1 (Seite 444/45).

wirksam sein soll, heißt es anschließend wörtlich: "Die Formvorschriften des materiellen Rechts sind jedoch ohne Bedeutung."[1] Damit stimmt überein, wenn es unter § 307 heißt: "Aus dieser Auffassung des Anerkenntnisses als reiner Prozeßhandlung folgt auch, daß es im Prozeß wirksam erklärt werden kann, selbst wenn ... ein Formerfordernis fehlt."[2] Nach dem Umblättern erfährt man dann aber auf der nächsten Seite: "Unwirksam ist ein Anerkenntnis ... in den Fällen, in denen der Anspruch so, wie er vom Kläger behauptet ist, nichtig ist: ... Es gehören hierher besonders Klagen, denen Formnichtigkeit ... oder sonstige der Parteidisposition entzogene Unwirksamkeitsgründe (§§ 125, 313 ... BGB) entgegenstehen".[3]

Diese auf engstem Raum zusammenstehenden widersprüchlichen Aussagen,[4] die bewußt wörtlich zitiert worden sind, zeigen in aller Deutlichkeit das Ausmaß der Verwirrung, die auf diesem Gebiet herrscht.

ee) Resümee

Dieser kurze Überblick hat gezeigt, daß eine streng durchgeführte prozessuale Auffassung von Klaganerkenntnis und -verzicht zu unannehmbaren Konsequenzen führt. Diese lassen sich mildern, wenn man sich entschließt, trotz der Einstufung von Klaganerkenntnis und -verzicht als Prozeßhandlungen bestimmte Voraussetzungen des materiellen Rechts auch hier anzuwenden, und es soll eingeräumt werden, daß bei weitestgehender

---

1 Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 306 Anm. II 1 a.E.

2 Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 307 Anm. I 2 a.E.

3 Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 307 Anm. III 2.

4 Die Widersprüchlichkeit wird nicht etwa dadurch ausgeräumt, daß die Ausführungen zu § 307 in Anm. I 2 a.E. sich auf das Klaganerkenntnis selbst, in Anm. III 2 sich dagegen auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis beziehen. Denn das bei letzterem fehlende Formerfordernis müßte doch gerade durch das Klaganerkenntnis, bei dem das Formerfordernis gemäß Anm. I 2 a.E. außer acht bleiben soll, ersetzt werden.

Übernahme der materiellrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen auch ein befriedigendes Ergebnis erreicht werden kann. In diesem Zusammenhang sind Süß und Nikisch zu nennen. Süß kommt zu tragbaren Lösungen der strittigen Fragen, indem er im Einzelfall jeweils die materiellrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung in die prozessuale Theorie übernimmt, und Nikisch gelangt zu demselben Ergebnis, indem er betont, daß die vom materiellen Recht für die Entstehung von Rechten verlangten Voraussetzungen durch prozessuale Erklärungen nicht ersetzt werden könnten[1]. Allein es fragt sich, ob dann noch von einer rein prozessualen Auffassung gesprochen werden kann.

Auch die Begrenzung der prozessualen Dispositionsmöglichkeiten durch Rückbeziehung der Dispositionsmaxime auf die materiellrechtliche Privatautonomie - eine Einschränkung, die in der Literatur oft betont wird[2] - bringt keine klaren Ergebnisse. Das rührt zum einen daher, daß häufig nur zu dem Zweck auf die Privatautonomie zurückgegriffen wird, um die Fälle zu erklären, in denen in der ZPO kraft ausdrücklicher Vorschriften die Dispositionsmaxime - und auch die Verhandlungsmaxime - außer Kraft gesetzt wird, wie beispielsweise in Ehe- und Kindschaftssachen[3]. Aber auch, wo darüber hinaus die Absicht besteht, die Zulässigkeit von Klaganerkenntnis und -verzicht weiter einzuschränken, als es in der ZPO ausdrücklich angeordnet ist, besteht keine Übereinstimmung. Äußerlich kommt das schon darin zum Ausdruck, daß unterschiedliche Formulierungen

---

1 Nikisch, § 66 II 2 (Seite 259).
2 Vgl. Stein-Jonas-Pohle, Bem. VI 3 vor § 128; B-L, Grundzüge vor § 128, Anm. 3 A; Blomeyer, Lb., § 13 II 3 (Seite 65); Rosenberg-Schwab, § 79 I 1 (Seite 375/76); Gaul, AcP 168, 51; Wolf, Seite 58 ff.
3 Siehe §§ 617, 618 Abs. 4, 640 ZPO.

gebraucht werden. Während es bei Gaul heißt, das Dispositionsprinzip des formellen Rechts "entspreche" dem Prinzip der "Privatautonomie" des materiellen Rechts[1], spricht Wolf von einer "Übernahme der materiellrechtlichen Herrschaft" der Parteien über ihre Rechtsverhältnisse in den Bereich des Prozeßrechts[2]. Stein-Jonas-Pohle sehen das "materielle Verfügungsrecht" der Parteien über den dem Streitgegenstand zugrundeliegenden Anspruch als ausschlaggebend an[3], und Blomeyer spricht von einer Unzulässigkeit der prozessualen Disposition, soweit das materielle Recht die "Parteiautonomie" ausschließe[4]. Jauernig ist der Ansicht, die Möglichkeit eines Klaganerkenntnisses bestehe "im Rahmen der vom materiellen Recht vorgezeichneten privatautonomen Gestaltungsfreiheit"[5].

Diese Formulierungen klingen bezüglich der Berücksichtigung des materiellen Rechts sehr weitgehend, werden tatsächlich aber nicht in diesem Maße gehandhabt. Möglicherweise besteht schon Unklarheit darüber, was unter materiellrechtlicher "Privatautonomie" begrifflich zu verstehen ist. Liegt eine Einschränkung bzw. eine Nichtgewährung derselben nur dann vor, wenn ein bestimmtes Ergebnis schlechthin nicht erzielt werden kann (verbindlicher Spielvertrag, wirksame Abrede über 7o % Darlehenszinsen)? Oder ist die Privatautonomie auch da begrenzt, wo das Ergebnis von einem allein nicht erzielt werden kann, weil dieser nicht das alleinige Verfügungsrecht hat (notwendige vormundschaftsgerichtliche Genehmigung)? Ist die Privatautonomie - verstanden im Sinne f r e i e r Verfügungsbefugnis - vielleicht schon dann eingeschränkt, wenn das

---

1 Gaul, AcP 168, 51.
2 Wolf, Seite 59.
3 Stein-Jonas-Pohle, Bem. VI 3 vor § 128.
4 Blomeyer, Lb., § 13 II 3 (Seite 65).
5 Jauernig, JuS 1971, 331.

Ergebnis s o nicht erzielt werden kann, weil das materielle Recht eine bestimmte Art und Weise des Vertragsschlusses zur Wirksamkeitsvoraussetzung macht[1] (Formvorschriften)?

Selbst dort, wo in der Literatur einmal exakt klingende Definitionen gegeben werden, bleibt eine gewisse Unklarheit bestehen. Versteht man Privatautonomie als die "Rechtsmacht des einzelnen Subjekts, seine Rechtsverhältnisse im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung selbst zu gestalten"[2], so kommt es immer noch darauf an, auf welchen Teil dieses Satzes man den Schwerpunkt legt. Sieht man ihn darin, daß der einzelne seine Rechtsverhältnisse "selbst" gestalten kann, so wäre die Privatautonomie dort nicht mehr gegeben, wo das Gesetz zum wirksamen Handeln eine Genehmigung fordert; durch Formvorschriften würde die Privatautonomie jedoch nicht berührt, denn es steht jedermann frei, durch Einhaltung der vorgeschriebenen Form rechtswirksam zu handeln. Stellt man dagegen auf den Teil der Definition ab, der da lautet: "... im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung...", so ist die Privatautonomie auch durch Formvorschriften begrenzt, da auch sie zur allgemeinen Rechtsordnung gehören. Umschreibt man Privatautonomie als das "Recht der Subjekte, ihre Privatrechtsverhältnisse durch eigenen Akt rechtsverbindlich zu gestalten"[3], so wird deutlich, daß die Privatautonomie durch Formvorschriften nicht beeinträchtigt wird, wohl aber durch Genehmigungserfordernisse, da insoweit nicht das Recht besteht, die Privatrechtsverhältnisse "durch eigenen Akt" rechtsverbindlich zu gestalten.

---

1 Auch die Gleichsetzung der Privatautonomie mit dem Begriff "Vertragsfreiheit" (siehe Heck, Schuldrecht, Seite 6) liefert darauf keine eindeutige Antwort, weil wiederum nicht klar wird, ob sich die Freiheit nur auf den Inhalt des Vertrages oder auch auf seine Form beziehen soll.

2 So Manigk, Seite 1o/11.

3 So ebenfalls Manigk, Seite 54.

Soweit also die Vertreter der herrschenden Meinung die Frage, wie weit die Berücksichtigung der materiellrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen gehen soll, unter Hinweis auf die materiellrechtliche Privatautonomie lösen wollen, ersetzen sie nur eine Unklarheit durch die andere. Dieses wird eindringlich vor Augen geführt durch die beschriebene Zerstrittenheit hinsichtlich der jeweiligen Ergebnisse im Einzelfall.

Bei einer richtigen Handhabung des Begriffs "Privatautonomie" müßte man aber dazu kommen, daß insoweit keine Privatautonomie gegeben ist, als ein bestimmter Rechtserfolg schlechthin nicht erzielt oder vom einzelnen nicht selbständig herbeigeführt werden kann. So besteht sicher keine Privatautonomie im Sinne einer selbständigen Verfügungsbefugnis, wenn § 1821 BGB anordnet, daß der Vormund nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wirksam über ein Grundstück verfügen kann. Dennoch wendet sich keiner der Autoren gegen die schon zitierte BGH-Entscheidung[1], wonach ein Klageverzicht ohne die Genehmigung wirksam sein soll.

Zweifeln kann man hingegen, wenn innerhalb ein und derselben juristischen Person die Zustimmung eines anderen Organs erforderlich ist, wie beispielsweise die Zustimmung der Hauptversammlung zu einem vom Vorstand vorzunehmenden Rechtsgeschäft. Wenn also eine Schadensersatzforderung gemäß § 5o erlassen werden soll, besteht ja - nach Ablauf der Dreijahresfrist - grundsätzlich Verfügungsfreiheit, jedenfalls für die Gesellschaft als solche, da ja Vorstand und Hauptversammlung beide ihre Organe sind. Man muß hier jedoch auf die Verfügungsbefugnis des Vorstands abstellen, und hierzu wird die Meinung vertreten, daß bei Handeln

1 BGH JZ 1956, 62.

in Vertretung für einen anderen niemals Privatautonomie bestehe[1], so daß sie für den Vorstand nicht gegeben wäre[2].

Als unbefriedigend muß es bei den Vertretern der herrschenden Meinung angesehen werden, daß sie letztlich die einzelnen Streitfragen immer nur punktuell entscheiden[3], teilweise konzedierend, daß die Regelungen und Intentionen des materiellen Rechts Berücksichtigung finden müßten, dann wieder sich darauf versteifend, daß Anerkenntnis und Verzicht reine Prozeßhandlungen seien. So greifen sie denn ohne methodische Kontrolle geradezu nach Belieben einmal auf den einen und beim nächsten Fall auf den anderen Gesichtspunkt zurück. Wenn es stimmt, daß "die Preisgabe theoretischer Konsequenz beim praktischen Konflikt ... ein klarer Beweis falscher Methode (ist)"[4], dann drängt sich einem der Verdacht förmlich auf, daß die Theorie der reinen Prozeßhandlung der Rechtsnatur von Klaganerkenntnis und -verzicht nicht gerecht wird.

---

1 Vgl. Flume, Rechtsgeschäft, § 1. 6 c (Seite 9).

2 Daß der Vorstand nicht Vertreter im technischen Sinne, sondern Organ der AG ist, kann daran nichts ändern.

3 Den gleichen Vorwurf muß man freilich auch der Rechtsprechung machen, die ebenfalls in ganz unterschiedlicher Weise für die Berücksichtigung materiellrechtlicher Wirksamkeitsvoraussetzungen beim Klaganerkenntnis plädiert. Nachdem das RG bereits im Jahre 1937 für eine weitgehende Berücksichtigung des materiellen Rechts eingetreten war, indem es betonte, das Gericht habe zu prüfen, "ob der Wille der Parteien überhaupt imstande sei, die Rechtsfolge so, wie sie der Kläger für sich in Anspruch nehme, zu erzeugen" (RGZ 156, 7o, 75), hat der BGH das wieder dahingehend eingeschränkt, beim Anerkenntnis habe das Gericht in materieller Hinsicht nur zu prüfen, ob das Klagebegehren nicht etwa auf die Verurteilung zu einer unmöglichen oder gesetzlich verbotenen Leistung hinauslaufe (BGH ZZP 71, 95, 96).

4 Vgl. Esser, Prozeßvergleich, Seite 716.

d) Nachprüfung der Theorie der reinen Prozeßhandlung an der Aufgabenteilung zwischen Parteien und Richter bei der Rechtsfindung

Es ist deshalb als nächstes zu überlegen, ob sich die rein prozessuale Auffassung von Klaganerkenntnis und -verzicht mit grundsätzlichen Entscheidungen des Zivilprozeßrechts in Einklang bringen läßt. Dazu muß man sich vor Augen führen, was es bedeutet, wenn die Parteien mit einem bloß prozessual wirkenden Anerkenntnis bzw. Verzicht den Prozeß beenden können. Im Zusammenhang mit der Regelung in §§ 3o6, 3o7 ZPO, wonach das Gericht auf Antrag ein entsprechendes Urteil zu erlassen hat, bedeutet dies nicht mehr und nicht weniger, als daß die Parteien vom Gericht genau die Entscheidung erzwingen können, die sie haben wollen, daß sie also dem Gericht den Inhalt seiner Entscheidung zwingend vorschreiben[1].

Ob das mit dem Sinn und Zweck des Zivilprozesses übereinstimmt, ist zumindest fraglich. Unabhängig von der Streitfrage, ob der Zivilprozeß der Aufrechterhaltung und Bewährung der objektiven Rechtsordnung dient[2], oder ob sein Hauptzweck darin liegt, dem einzelnen die Durchsetzung seines subjektiven Rechts zu ermöglichen[3] - ohnehin geht der Streit meistens nicht darum, ob ausschließlich das eine oder das andere gelte[4],

---

1 Vgl. Blomeyer, Lb., § 13 II (Seite 65); Schönke-Kuchinke, § 1 II (Seite 3); Pohle, MDR 195o, 643.

2 So Wach, Hdb., § 1 (Seite 4 f.); Bülow, ZZP 27, 221; Boehmer, § 4 C III 2 (Seite 138); Nikisch, § 2 I (Seite 5); Schönke, Seite 11.

3 So Hellwig, Lb., I. Band, § 1 I (Seite 2, insbes. Fußnote 7); Geib, Seite 7/8; Blomeyer, Lb., § 1 (Seite 1 f.); Rosenberg-Schwab, § 1 III (Seite 2); Rimmelspacher, Prüfung, Seite 23; Schlosser, Seite 1o; Säcker, NJW 1967, 1118.

4 Die Antwort dürfte in der Kombination beider Gesichtspunkte zu finden sein; vgl. Schönke, Seite 38; Sch-Schr-N, § 1 IV 2 (Seite 17); Gaul, AcP 168, 46/47; Pohle, Rechtsschutzbedürfnis, Seite 197; letztlich räumt auch Wach diese Verbindung ein, wenn er formuliert: "Der Civilprozeß ist ... die Form der gerichtlichen Verwirklichung des objektiven Privat-

sondern darum, welcher Gesichtspunkt als der primäre anzusehen sei[1] - läßt sich doch mit Gewißheit sagen, daß grundsätzlich der Zivilprozeß die Verwirklichung des materiellen Rechts[2] zum Ziele hat[3], denn das materielle Recht ist der Inbegriff all jener Normen, die bestimmen, was zwischen den einzelnen Rechtsunterworfenen rechtens sein soll[4]. Das bedeutet, daß der Richter vor der Entscheidung des Rechtsstreits das Vorbringen der Parteien am materiellen Recht messen muß[5]. Eine Partei kann nur dann durch ein Sachurteil etwas zugesprochen erhalten, wenn ein Tatsachenkomplex nachweisbar ist, der dem abstrakten Tatbestand jener Norm entspricht, die die begehrte Rechtsfolge ausspricht. Das materielle Recht ist also der Maßstab und bestimmend für den Inhalt des Sachurteils[6]. Diese Aufgabe, den festgestellten Sachverhalt auf der Grundlage des materiellen Rechts zu würdigen und seinen Richterspruch an den Normen des materiellen Rechts auszurichten[7], wäre dem Richter entzogen, wenn er auf Grund eines rein prozessualen Verzichts oder Anerkenntnisses gezwungen wäre, ein entsprechendes Urteil

---

Forts. Fußnote 4, Seite 131:
rechts mit Beziehung auf ein ihm unterstelltes Lebensverhältnis zum Zwecke des Schutzes privatrechtlicher Interessen." (Wach, Hdb., § 1 I, Seite 3); vgl. auch BGHZ 1o, 333, 336.

1 Es sei hier noch auf das bemerkenswerte Beispiel hingewiesen, dessen sich Rudolf von Ihering bedient; er weist an Shylocks Klage in Shakespeares "Kaufmann von Venedig" anschaulich nach, in welch engem Zusammenhang die Bewährung der objektiven Rechtsordnung (hier: das "Recht Venedigs") zum subjektiven Recht des einzelnen steht; siehe Ihering, Der Kampf ums Recht, Seite 63 f. (Ausgabe 1872) bzw. Seite 242 f. (Ausgabe 1965).

2 Henckel, Prozeßrecht, S. 61 ff. weist darauf hin, daß die Verwirklichung aus verschiedenen Gründen scheitern kann und zieht deshalb die Formulierung vor, der Prozeß diene der Rechts a u s ü b u n g .

3 BGHZ 1o, 35o, 359; 18, 98, 1o6; Pohle, JZ 1956, 56.

4 Auch Jauernig spricht sich aus für eine Bestimmung des Prozeßzwecks vom materiellen Recht her; siehe JuS 1971, 331.

5 Vgl. Nikisch, § 2 I (Seite 5); Engisch, Seite 72.

6 Vgl. Sch-Schr-N, § 1 III (Seite 11 und 14).

7 Vgl. auch Niese, Seite 33.

zu erlassen, unabhängig vom vorgetragenen Sachverhalt und ohne eine Schlüssigkeitsprüfung vornehmen zu dürfen[1]. Ein solches Vorgehen würde gegen die eigentliche Aufgabe des Richters verstoßen. Auf jeden Fall stellte ein derartiges Verfahren eine Ausnahme vom normalen Gang der Dinge im Prozeß dar. Ob es sich dabei um eine zulässige Ausnahme handelt[2], kann nur ein Blick auf die Reichweite jener Grundsätze zeigen, die den Parteien eine gewisse Herrschaft über den Prozeß einräumen.

aa) Dispositions- und Verhandlungsmaxime

Bei den angesprochenen Grundsätzen, die den Parteien Einwirkungsmöglichkeiten auf den Prozeß geben, handelt es sich um die Verhandlungsmaxime und die Dispositionsmaxime. Wenn geprüft werden soll, ob im Hinblick auf einen dieser beiden Grundsätze es zulässig erscheinen kann, daß die Parteien dem Gericht bindend vorschreiben, welches Urteil es zu erlassen hat, so ist es zunächst notwendig, einerseits die beiden Maximen gegeneinander abzugrenzen, andererseits ihr Verhältnis zueinander deutlich herauszuarbeiten[3].

α) Der Unterschied zwischen beiden Prinzipien

Als grobes Unterscheidungsmerkmal kann bei der Abgrenzung dieser beiden Prinzipien von der allgemein anerkannten These ausgegangen werden, daß der Verhandlungs-

---

1 Daß eine Schlüssigkeitsprüfung bei Anerkenntnis und Verzicht grundsätzlich nicht stattfinden soll, ist herrschende Meinung; vgl. Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 307 Anm. III, § 306 Anm. II; B-L, § 307 Anm. 3 C; Thomas-Putzo, § 307 Anm. 3 b.

2 Zur Fragwürdigkeit der Parteidisposition als Urteilsgrundlage vgl. Häsemeyer, ZZP 85, 207 ff.

3 Beides geschieht in der Literatur höchst selten.

grundsatz sich auf dem Gebiet des Tatsächlichen auswirkt, während die Dispositionsmaxime die rechtliche Seite des Rechtsstreits betrifft[1]. Genauer gesagt bedeutet die Verhandlungsmaxime, daß es ausschließlich den Parteien überlassen ist, welche Tatsachen sie in den Prozeß als Urteilsgrundlage einführen wollen. Der Richter darf nur das seinem Urteil zugrunde legen, was von den Parteien vorgebracht worden ist[2]. (Aus der Tatsache, daß dieses Vorbringen grundsätzlich in der mündlichen Verhandlung zu erfolgen hat, erklärt sich der Ausdruck "Verhandlungs"maxime.)

Nicht auf einzelne, als Urteilsgrundlage dienende Tatsachen, sondern auf den Rechtsstreit als Ganzes bezieht sich dagegen die Dispositionsmaxime. Sie bedeutet, daß es den Parteien freigestellt ist, ob und in welchem Umfang sie einen Rechtsstreit anhängig machen, ob sie dem Verfahren Fortgang geben oder es beenden wollen und ob sie den Rechtsstreit in die nächste Instanz bringen[3].

Wenn die Frage angesprochen ist, in welchem Umfang eine Klage erhoben werden soll, so betrifft das die Bestimmung des Streitgegenstandes, die somit die Parteien vornehmen, wozu auch gehört, daß sie einvernehmlich den Streitgegenstand ändern können (§ 264 ZPO). Mit der vereinbarten Beendigung des Verfahrens bestimmen

---

1 Steif, Seite 2.

2 Vgl. Stein-Jonas-Pohle, Bem. VI 1 vor § 128; Lent-Jauernig, § 25 III 2 (Seite 65); Rosenberg-Schwab, § 78 II (Seite 37o); Bruns, § 16 II 1 (Seite 113 f.); Nikisch, § 5o II 1 (Seite 192); Lüke, JuS 1961, 42; Baur, Vereinbarungen, Seite 4; Steif, Seite 1o5.

3 Vgl. Stein-Jonas-Pohle, Bem. VI 1 vor § 128; Lent-Jauernig, § 24 (Seite 61 ff.); Blomeyer, Lb., § 13 I (Seite 63 ff.); Bruns, § 16 II 2 (Seite 114 f.); Nikisch, § 5o I 1 (Seite 19o f.); Lüke, JuS 1961, 42; Rosenberg-Schwab, § 79 (Seite 375 f.), die allerdings die Befugnis, einen Prozeß in Gang zu setzen, nicht zur Dispositionsmaxime, sondern zum "Parteibetrieb" gerechnet wissen wollen (a.a.O., § 79 I 2, Seite 376.

sie, daß der Streitgegenstand dem Gericht entzogen werden soll, und soweit sie darüber entscheiden, ob ein Rechtsstreit anhängig gemacht oder in der nächsten Instanz fortgesetzt werden soll, geht es um die Frage, ob der Streitgegenstand (weiterhin) richterlicher Kognition unterbreitet werden soll. Man kann daher auch sagen, daß die Dispositionsmaxime den Parteien prozessuale Verfügungsbefugnis über den Streitgegenstand einräumt[1].

β) Ihre gemeinsame Wurzel

Lassen sich sonach diese beiden Prinzipien von dem Gebiet her, auf dem sie zur Auswirkung kommen, grundsätzlich gegeneinander abgrenzen, so besteht doch andererseits eine gewisse Verwandtschaft zwischen ihnen. Darauf mag es zurückzuführen sein, daß sie häufig nicht sauber auseinandergehalten werden[2]. So rechnet Gaul[3] das Geständnis der Dispositionsmaxime zu, obwohl es sich auf Tatsachen bezieht, also der Verhandlungsmaxime unterfallen müßte. Kuttner schreibt es - insoweit zumindest mißverständlich - der Dispositionsmaxime zu, daß die Parteien die der Urteilsfindung zugrunde zu legenden Tatsachen abschließend begrenzen könnten[4]. Baumbach-Lauterbach meinen, der Verhandlungs- oder auch Beibringungsgrundsatz bezeichne die Parteiherrschaft über das Verfahren[5]. Sie stellen in Gegensatz dazu die Herrschaft über den sachlichen Anspruch, den Dispositionsgrundsatz. Demnach müßte die Befugnis der Parteien, den Rechtsstreit und damit das Verfahren

1 Vgl. Baur, Vereinbarungen, Seite 4; Rosenberg-Schwab, § 79 I 1 (Seite 375).
2 Vgl. Lüke, JuS 1961, 41.
3 AcP 168, 51.
4 Kuttner, § 12, 2 (Seite 14o).
5 B-L, Grundzüge vor § 128, Anm. 3 B.

zu beenden, zum Verhandlungsgrundsatz gerechnet werden, obwohl sich eine solche Beendigung nicht auf die zugrundeliegenden Tatsachen bezieht.

Teilweise werden in der Literatur beide Prinzipien gleichgesetzt und eine Unterscheidung gar nicht erst vorgenommen[1]. Da aber Dispositionsmaxime und Verhandlungsgrundsatz in verschiedenen Bereichen wirksam werden, ist darauf hinzuweisen, daß beide Prinzipien nicht identisch sind[2]. Es muß jedoch ihr Verhältnis zueinander geklärt werden, und dazu ist es hilfreich, auf das Wort "Dispositions"maxime näher einzugehen. Auf die Bedeutung des lateinischen Worts "dispositio" zurückzugehen, was mit "Ordnung" zu übersetzen wäre, hat allerdings wenig Sinn, denn das bringt keine weiteren Erkenntnisse. Vielmehr ist von der heutigen Bedeutung des Wortes "Disposition" auszugehen, und zwar der speziellen Bedeutung im juristischen Sinn. Es ergibt sich dann, daß dieses Wort - im juristischen Sprachgebrauch - ein Synonym für "Verfügung" ist. Demnach kann man für "Dispositionsmaxime" auch "Verfügungsgrundsatz" sagen[3]. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß die Parteien grundsätzlich verfügen können. Das Wort ist jedoch insofern nichtssagend, als nicht klargemacht wird, worüber denn verfügt werden kann. Wir wissen inzwischen, daß sich die Dispositionsmaxime auf den Streitgegenstand, den Rechtsstreit als Ganzes bezieht, aber zwingend ist diese Deutung nicht, denn auch die Verhandlungsmaxime gibt den Parteien Verfügungsmacht, nämlich über den Tatsachenstoff[4]. Somit

---

1 Vgl. St-J-Sch-P, Bem. II 2 vor § 128; Sch-Schr-N, § 7 I 5 (Seite 42).
2 Lüke, JuS 1961, 41.
3 Vgl. B-L, Grundzüge vor § 128, Anm. 3 B; siehe auch Creifelds, Rechtswörterbuch, wo unter dem Stichwort "Dispositionsmaxime" lediglich auf den Begriff "Verfügungsgrundsatz" verwiesen wird.
4 Allerdings nur in einem bestimmten Rahmen, der durch die Wahrheitspflicht gezogen wird.

könnte auch die Verhandlungsmaxime als Verfügungsgrundsatz bezeichnet werden. Daraus ergibt sich das Verhältnis dieser beiden Grundsätze zueinander. Die Dispositionsmaxime ist nicht eine Abart der Verhandlungsmaxime[1], sondern beide Prinzipien sind Auswirkungen eines übergeordneten "Verfügungsgrundsatzes", einer Dispositionsmaxime, die man auch "Parteiherrschaft" nennen könnte. So gesehen ist das, was gemeinhin als "Dispositionsmaxime" bezeichnet wird, nur eine solche im e n g e r e n Sinne, die genau wie die Verhandlungsmaxime nur einen Unterfall der "Dispositionsmaxime im weiteren Sinne" darstellt[2]. Nunmehr erhellt, daß diese unglückliche Terminologie die Erkenntnis des wahren Zusammenhangs zwischen beiden Prinzipien erschwert. Wenn die obengenannten Schriftsteller[3] gelegentlich Verfügungen über den Tatsachenstoff der Dispositionsmaxime zurechnen, so ist das nur deshalb unrichtig, weil es sich eingebürgert hat, mit "Dispositionsmaxime" lediglich die im engeren Sinne zu bezeichnen. (Um die Verwirrung im Sprachgebrauch nicht noch zu vergrößern, soll im folgenden der Ausdruck "Dispositionsmaxime" im herkömmlichen, d.h. im engeren Sinn, gebraucht werden.)

Beide Maximen ermöglichen den Parteien unzweifelhaft eine gewisse Einflußnahme auf die Entscheidung des Richters. Bei der Dispositionsmaxime handelt es sich um eine d i r e k t e Beeinflussung der gerichtlichen Entscheidung. Die Parteien können nicht nur das Sachurteil verhindern, indem sie den Prozeß vorher beenden, sondern sie legen auch, indem sie den Streitgegenstand bestimmen, von vornherein den Rahmen für die richterliche Entscheidung fest, an den sich der Richter auf Grund der Regel des § 3o8 ZPO (ne eat

---

1 So aber Schiedermair, Seite 79; gegen diese Ansicht Lüke, JuS 1961, 41.
2 So auch Blomeyer, Lb., § 14 II 2 (Seite 69).
3 Siehe Fußnoten 3 und 4 auf Seite 135.

iudex ultra petita partium) zu halten hat. Aber auch die Verhandlungsmaxime gibt den Parteien die Möglichkeit zur Beeinflussung des richterlichen Entscheidungsvorgangs[1]. Da das Recht naturgemäß berechenbar ist in dem Sinne, daß aus bestimmten Tatsachen bestimmte Rechtsfolgen abzuleiten sind, können die Parteien, wenn sie sich einig sind, durch einen manipulierten Tatsachenvortrag auf eine Entscheidung der gewünschten Art hinwirken. Anders als bei der Dispositionsmaxime liegt hier jedoch eine i n d i r e k t e Beeinflussung vor, denn der Richter ist nicht an den Willen der Parteien gebunden, sondern lediglich an die Rechtssätze, die für bestimmte Tatsachen bestimmte Rechtsfolgen zwingend vorschreiben.

γ) Gibt die Dispositionsmaxime den Parteien das Recht, ein Urteil ganz bestimmten Inhalts zu erwirken?

Da die Dispositionsmaxime der Grundsatz ist, der den Parteien eine direkte Möglichkeit der Beeinflussung bietet, somit den Streitenden das stärker wirkende Recht gewährt, soll zuerst untersucht werden, ob der Dispositionsgrundsatz darauf angelegt ist, die Parteien den konkreten Inhalt des Urteils bestimmen zu lassen. Eine derartige Untersuchung ist deshalb unumgänglich, weil Umfang und Wirkung der den Parteien eingeräumten Dispositionsmöglichkeiten noch nicht als völlig geklärt angesehen werden können[2].

Der in der Literatur anzutreffende, unverfänglich klingende Hinweis, daß bei Klaganerkenntnis und -verzicht dem Gericht die Entscheidungsbefugnis über den Streitgegenstand entzogen werde[3] bzw. daß die Wirkung

1 Steif, Seite 1oo.
2 Steif, Seite 2; Häsemeyer, ZZP 85, 2o7.
3 Wieczorek, § 3o6 Anm. A I.

von Anerkenntnis und Verzicht sich darauf beschränke, daß die Sache außer Streit gesetzt werde[1], trifft nicht den Kern der Sache. Gewiß ermöglicht es die Dispositionsmaxime den Parteien - wie oben unter a) schon festgestellt worden ist - dem Gericht die Entscheidungsbefugnis über den Streitgegenstand durch vorzeitige Prozeßbeendigung wieder zu entziehen; aber dann ergeht halt auch kein Urteil in der Sache. Bei §§ 3o6, 3o7 ZPO jedoch muß das Gericht kraft ausdrücklicher Vorschrift ein entsprechendes Urteil erlassen[2]. Mit anderen Worten: Es handelt sich darum, ob die Parteien außer der ihnen von der Dispositionsmaxime eingeräumten Befugnis, durch Bestimmung des Streitgegenstands den Rahmen für die gerichtliche Entscheidung abzustekken, auch noch das Recht haben, den konkreten Urteilsinhalt zwingend vorzuschreiben, ohne daß dieser den Tatsachen entsprechen müßte. Wenn also der Kläger den Beklagten auf Zahlung von 1.ooo,- DM verklagt, so ist damit der Rahmen in der Weise festgelegt, daß das Gericht - je nach den festgestellten Tatsachen - erkennen kann auf Klageabweisung oder auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung einer Summe im Bereich zwischen o,o1 DM und 1.ooo,- DM. Es fragt sich aber, ob die Parteien den Richterspruch festlegen können auf Klageabweisung (bei Klageverzicht) oder Verurteilung zur Zahlung von 1.ooo,- DM (bei Klaganerkenntnis).

Auch diese Frage wird in der Literatur vielfach bejaht. Zum Teil wird den Parteien ausdrücklich die Möglichkeit zugesprochen, durch prozessuale Erklärungen wie Klaganerkenntnis oder -verzicht eine inhaltlich bestimmte Sachentscheidung zu erreichen[3], dem Gericht also den Inhalt der Entscheidung vorzuschreiben[4]. Aber

---

1 Schönke-Kuchinke, § 5o I 1 (Seite 23o), § 5o II 1 (Seite 233).
2 Deshalb ist es irreführend, wenn Wieczorek anmerkt, daß Anerkenntnis und Verzicht kein richterliches Urteil über den Klageanspruch zuließen (§ 3o6 Anm. A I b 2).
3 Blomeyer, Lb., § 13 II 1 (Seite 65).
4 Pohle, MDR 195o, 643.

auch wo das nicht so ausdrücklich gesagt wird, wird es indirekt dadurch behauptet, daß Anerkenntnis und Verzicht den prozessualen Dispositionsmöglichkeiten zugerechnet werden[1]. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß man angesichts der Regelung in §§ 3o6, 3o7 ZPO, wonach das Gericht auf Antrag ein entsprechendes Urteil erlassen muß, Klaganerkenntnis und -verzicht gar nicht anders denn als prozessuale Dispositionsmöglichkeiten[2] erklären kann, wenn man von der Voraussetzung ausgeht, es handele sich bei ihnen um reine Prozeßhandlungen. Gerade diese Prämisse steht aber in Frage und soll überprüft werden.

Man könnte geneigt sein, auf den Satz "iura novit curia" zurückzugreifen, um damit die Meinung zu stützen, es dürfe keine Ausnahme von dem Grundsatz geben, daß der Richter in jedem Falle die rechtliche Würdigung des Sachverhalts vorzunehmen habe[3]. Das würde jedoch nur dann hilfreich sein, wenn dieser Satz den Parteien v e r b ö t e , auf die rechtliche Würdigung Einfluß zu nehmen. Er wird hingegen überwiegend so verstanden, daß er es den Parteien g e s t a t t e t , sich n i c h t um die rechtliche Würdigung zu kümmern; sie können sich darauf beschränken, den Sachverhalt vorzutragen, und können alles weitere dem Gericht überlassen[4], da sie zu Rechtsausführungen nicht

---

1 Vgl. Stein-Jonas-Pohle, Bem. VI 1 vor § 128; Thomas-Putzo, Einleitung I 1; Rosenberg-Schwab, § 78 II (Seite 37o); Lent-Jauernig, § 24 IV (Seite 63); Bruns, § 3o II (Seite 257); Lüke, JuS 1961, 45.

2 Goldschmidt, Lb., § 34, 2 (Seite 1o4) bringt die Wirkung von Klaganerkenntnis und -verzicht mit dem Verhandlungsgrundsatz in Zusammenhang, gibt damit aber den eigentlichen Unterschied zwischen Anerkenntnis und Geständnis auf.

3 Vgl. zu diesem Grundsatz: Stein-Jonas-Pohle, Bem. IV 2 e vor § 128; Bernhardt, Sachverhalt, Seite 16 f.; Baur, JZ 1969, 483.

4 Siehe auch Cohn, Seite 4o, vergleichend zum englischen Recht.

verpflichtet sind[1] und Rechtssätze keines Beweises bedürfen[2]. In dieser eingeschränkten Bedeutung taugt der Satz "iura novit curia" nicht dazu, aus ihm irgendwelche Schlüsse für die Rechtsnatur von Klaganerkenntnis und -verzicht herzuleiten. Auch der Satz "da mihi factum, dabo tibi ius" beschreibt nur die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen dem Gericht und den Parteien. Er schließt es nicht unbedingt aus[3], daß Anerkenntnis und Verzicht Sonderfälle sind, bei denen etwas anderes gilt.

Es bleibt dann die Möglichkeit, mit der Würde des Gerichts zu argumentieren, die es verbiete, den Richter zum Befehlsempfänger der Parteien zu degradieren. So kann man bei Süß den Hinweis finden, daß der Richter "weder ein Sklave noch ein Spielball der Parteien" sei[4], und Hellwig spricht davon, daß die Anerkennung auf "eine Verhöhnung des Richters" hinauslaufen könne[5]. Eine solche Argumentation[6], die zu sehr darauf abstellt, daß das Gericht "über den Parteien steht, nicht unter denselben"[7], würde sich heute möglicherweise dem Vorwurf eines in absolutistischen Vorstellungen behafteten obrigkeitsstaatlichen Denkens aussetzen. In der Tat kann allein der Hinweis auf eine in ihrem Umfang und ihren Grenzen rational nicht zu bestimmende Würde des Gerichts, die kein Selbstzweck sein soll, nicht ausreichen, eine zumindest auf den ersten Blick einfachere juristische Theorie (Theorie der reinen Prozeß-

---

1 Bernhardt, Sachverhalt, Seite 16.
2 Hellwig, System I, § 2o5 II (Seite 676 f.); Goldschmidt, Lb., § 44 1 d (Seite 135); Baur, Vereinbarungen, Seite 4; Stein-Jonas-Pohle, Bem. IV 2 e vor § 128.
3 Gegen eine Überforderung dieses Satzes spricht sich auch Blomeyer aus, Beiträge, Seite 72.
4 Süß, § 18, Seite 192.
5 Hellwig, System I, § 149 IV 1 (Seite 444).
6 Auch Degenkolb, Einlassungszwang, Seite 241, verweist im Zusammenhang mit dem Problem des Scheinprozesses auf die "Würde der im Process mitwirkenden Obrigkeit".
7 Süß, § 18, Seite 192.

handlung) zugunsten der etwas komplizierteren Konstruktion (Theorie der Doppelnatur) aufzugeben.

Sind somit bisher keine durchschlagenden Argumente dagegen gefunden worden, die Parteien den Inhalt des Urteils für den Richter verbindlich bestimmen zu lassen, so könnte man geneigt sein, den Parteien eine solche prozessuale Disposition, wie sie die herrschende Meinung in Klaganerkenntnis und -verzicht sieht, zuzugestehen. Dabei ist man versucht, darauf hinzuweisen, daß ja nichts Schlimmes geschehe, wenn ein Urteil erlassen werde, welches die Parteien übereinstimmend so und nicht anders haben möchten (volenti non fit iniuria).

Allein bei genauerem Hinsehen entpuppt sich diese Überlegung als trügerisch, und es ergibt sich dann daraus die eigentliche, überzeugende Begründung gegen die Theorie der reinen Prozeßhandlung. Wenn man meint, es stehe dem nichts entgegen, ein Urteil ganz bestimmten Inhalts ohne Rücksicht auf das materielle Recht zu erlassen, sofern beide Parteien es wünschten, so liegt der grundsätzliche Fehler darin, nur auf den geäußerten Willen der vor Gericht Verhandelnden abzustellen. Zum einen brauchen dies nicht die Parteien selbst zu sein, so daß der Wille des Verzichtenden oder Anerkennenden einerseits und der Wille der Partei andererseits auseinanderfallen können (ganz abgesehen von den Fällen, in denen die Partei einen eigenen Willen gar nicht entwickeln kann); zum anderen sind in vielen Fällen - ungeachtet der Tatsache, daß das Urteil Rechtskraft nur inter partes wirkt - von den tatsächlichen Wirkungen einer gerichtlichen Entscheidung weniger die Partei als vielmehr Dritte betroffen[1]. Letz-

1 Siehe hierzu RGZ 86, 44o, wo bei einem Klaganerkenntnis im Verfahren über die Nichtigkeit des Patentes die Interessen der Lizenznehmer im Spiele waren, worauf das RG ausdrücklich hinweist.

tere Feststellung gilt u.a. dann, wenn eine juristische Person Partei ist.

Um konkrete Beispiele anzuführen, sei zunächst auf den Fall verwiesen, daß ein Mündel auf Rückübertragung eines zuvor vom Kläger erhaltenen Grundstücks verklagt wird. Soll man dem wirklich zustimmen, daß der Vormund durch ein Klaganerkenntnis das Gericht zwingen kann, unabhängig von dem tatsächlich festgestellten Sachverhalt das Mündel zur Grundstücksübertragung zu verurteilen, obwohl das Vormundschaftsgericht nie zugestimmt hätte und das Gesetz den Minderjährigen gerade dadurch schützen will, daß es in § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Genehmigungspflicht anordnet[1]?

Als zweites sei noch ein Beispiel aus dem Aktienrecht angeführt. Gesetzt den Fall, ein Vorstandsmitglied hat sich gemäß § 93 schadensersatzpflichtig gemacht und die Gesellschaft klagt nach drei Jahren die entsprechende Summe ein. Soll man es für möglich oder gar für rechtens halten, daß auf Betreiben des Aufsichtsrates[2] aus falsch verstandener Großzügigkeit der gerichtliche Verzicht erklärt wird und damit der Anspruch praktisch verlorengeht? Man muß sich vor Beantwortung dieser Frage vor Augen halten, daß durch einen solchen Klageverzicht möglicherweise Hunderte, vielleicht sogar Tausende von Aktionären geschädigt werden, obwohl das Aktiengesetz dieses gerade dadurch verhindern will, daß es in § 93 Abs. 4 Satz 3 das Zustimmungserfordernis aufstellt und darüber hinaus der Minderheit noch ein Widerspruchsrecht einräumt.

---

1 Vgl. BayObLGZ N.F. 3, 111, 118 unter c; im übrigen bestand bei diesem Fall die Besonderheit, daß es nicht darum ging, wann das Prozeßgericht ein Anerkenntnisurteil erlassen darf, sondern darum, ob das Grundbuchamt an ein bereits erlassenes Urteil gebunden ist.

2 Der die AG Vorstandsmitgliedern gegenüber vertritt (§ 112).

Schon an diesen wenigen Beispielen, die sich beliebig fortsetzen ließen, wird deutlich, wohin es führt, wenn man von dem Prinzip abweicht, daß das Gericht sein Urteil in jedem Falle anhand der rechtlichen Würdigung des festgestellten Sachverhalts zu fällen hat und wenn man statt dessen eine übereinstimmende Willensbekundung der vor Gericht Verhandelnden für verbindlich hält. Der Staat würde seine Rechtspflegeorgane dafür zur Verfügung stellen, mit ihrer Hilfe das zu umgehen, was er, der Staat, in seinen Gesetzen für rechtens erklärt hat. Somit dient die Forderung, daß der Richter auch bei Klaganerkenntnis und -verzicht das Vorbringen der Parteien am materiellen Recht zu messen habe, nicht in erster Linie dazu, die Autorität des Richters zu unterstreichen. Vielmehr muß an diesem Prinzip im Hinblick auf die rechtswidrigen Folgen festgehalten werden, die sich aus der gegenteiligen Ansicht ergeben und die der Allgemeinheit nicht zugemutet werden dürfen. Damit stellt sich diese Forderung als ein Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips dar. Es kann mit Rücksicht auf Art. 2o Abs. 3 GG, wonach die Rechtsprechung am Gesetz und Recht gebunden ist[1], nicht angenommen werden, daß die Dispositionsmaxime so weit geht, den Parteien zu gestatten, vom Gericht ohne Rücksicht auf das materielle Recht ein bestimmtes Urteil zu erzwingen[2].

δ) Gibt die Verhandlungsmaxime den Parteien dieses Recht?

Nun ist freilich nicht zu verkennen, daß die mit der Verhandlungsmaxime den Parteien eingeräumte Freiheit über die in den Prozeß einzuführenden Tatsachen möglicherweise dazu führen kann, daß ein mit der wirklichen

1 Das steht der Vermutung "in dubio pro libertate" entgegen, auf die Schlosser (Seite 9 f.) seine Annahme einer grundsätzlich uneingeschränkten Parteidisposition stützt.
2 Vgl. Rupp, AöR 85, 195 f.

Rechtslage nicht übereinstimmendes Urteil erlassen wird. Dafür folgende Beispiele:

1) Ein Vormund möchte einem guten Bekannten (K) eine Schenkung aus dem Vermögen des Mündels machen. Daran sieht er sich durch § 1804 BGB gehindert. Deshalb verklagt K das Mündel auf Zahlung des Entgelts für eine angeblich von ihm erbrachte Leistung. Obwohl eine solche Leistung nie erfolgt ist, gesteht der Vormund die behaupteten Tatsachen zu. Das Mündel wird daraufhin zur Zahlung verurteilt.

2) Ein ehemaliges Vorstandsmitglied hat entgegen § 93 Abs. 1 Satz 2 ein Betriebsgeheimnis der AG verraten. Gemäß § 147 Abs. 1 Satz 1 beschließt die Hauptversammlung die Geltendmachung des Ersatzanspruchs. Besondere Vertreter nach § 147 Abs. 3 werden jedoch nicht bestellt. Auf gut Glück beruft sich der Beklagte im Prozeß auf Verjährung (§ 93 Abs. 6). Dafür kommt es auf die Entstehung des Schadens an[1]. Weil der Vorstand[2] das ehemalige Mitglied schonen möchte, gibt er wahrheitswidrig für die Entstehung des Schadens ein so frühes Datum an, daß die Verjährungsfrist von 5 Jahren bereits abgelaufen ist. Daraufhin wird die Klage der Gesellschaft abgewiesen.

3) Ein Juwelier (J) schenkt seiner Freundin (F) eine teure Armbanduhr im Wert von 4oo,- DM. Kurz darauf findet das gute Einvernehmen ein Ende. Außerdem stellt sich heraus, daß die Uhr einen Mangel hat. Die Beschenkte macht Minderung geltend. Sie klagt auf Zahlung von 2oo,- DM unter der Behauptung, sie habe die Uhr bei J für 4oo,- DM gekauft. J, der fürchtet, seine

---

1 Siehe Godin-Wilhelmi, § 93 Anm. 31; Schilling in Großkommentar zum AktG, § 93 Anm. 59.

2 Bei Prozessen gegen f r ü h e r e Vorstandsmitglieder besteht eine Vertretungsmacht des Aufsichtsrates gemäß § 112 nicht; siehe Baumbach-Hueck, § 112 Rdnr. 3.

Frau könnte es erfahren, wagt nicht vorzutragen, daß er die Uhr der F geschenkt habe. Er verteidigt sich, indem er den Mangel in Abrede stellt. Damit hat er keinen Erfolg und wird zur Zahlung von 2oo,- DM verurteilt.

4) Es ergeht ein Gesetz, das den Verkauf einer bestimmten Ware untersagt und nur noch die Abwicklung von Verträgen erlaubt, die vor einem bestimmten Datum geschlossen worden sind. K klagt gegen V auf Lieferung. Dieser beruft sich wahrheitsgemäß darauf, daß der Vertrag erst nach dem Stichtag geschlossen worden sei. Erst nachdem K dem V unter der Hand einen höheren Preis bietet, läßt dieser seine Behauptung fallen und gesteht zu, der Vortrag des K bezüglich des Datums des Vertragsschlusses sei richtig. Daraufhin wird V zur Lieferung verurteilt.

Diese beispielhaft aufgezeigten Möglichkeiten bestehen auf Grund der Verhandlungsmaxime. Könnte man daraus schließen, daß es dem Gesetzgeber der ZPO gleichgültig war, ob das Urteil der wirklichen Rechtslage entspricht, daß er sich vielmehr mit einer bloß "formellen" Wahrheit begnügen wollte, so wäre nachträglich das Ergebnis bezüglich der Reichweite der Dispositionsmaxime in Frage gestellt. Warum, so könnte man zu Recht fragen, soll nicht im ersten Fall der Vormund auf eine Klage des K aus Schenkungsversprechen wirksam anerkennen und dadurch eine entsprechende Entscheidung des Gerichts herbeiführen können, wenn er doch unter Ausnutzung der Verhandlungsmaxime praktisch das gleiche Ergebnis erzielen kann. Und warum sollte im zweiten Fall die Dispositionsmaxime es dem Vorstand nicht erlauben, einen wirksamen Klageverzicht auszusprechen und dadurch mit Hilfe des Richterspruchs den Anspruch für die Gesellschaft wertlos - weil nicht

durchsetzbar - zu machen, wenn ihm auf Grund der Verhandlungsmaxime genau das gelingt.

Es ist deshalb eine kurze Besinnung notwendig, welcher Gedanke der Anerkennung der Verhandlungsmaxime in der ZPO zugrunde liegt. Daß es nicht die Überzeugung ist, die Urteile des Zivilrichters könnten getrost ohne Rücksicht auf die wahre Sachlage ergehen, wenn nur der Streit der Parteien beendet werde[1], zeigt ein Blick auf § 138 Abs. 1 ZPO. Diese Vorschrift fordert von den Parteien, daß sie ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abgeben. Das sieht zunächst so aus, als bestünde die Verhandlungsmaxime seit Einführung der Wahrheitspflicht[2] gar nicht mehr. Dieser falsche Eindruck wird dadurch hervorgerufen, daß die Formulierung des § 138 Abs. 1 ZPO etwas mißverständlich geraten ist. Unstreitig geht die Bedeutung dieser Vorschrift nicht so weit, wie man auf Grund des Wortlautes vermuten könnte.

Sie beinhaltet zunächst einmal das Verbot der Prozeßlüge, der Schädigung des Gegners[3], da die Freiheit der Partei nicht die Befugnis umschließen kann, andere zu verletzen[4]. Dieses Verbot muß sich aber nicht notwendig auf die Gegenpartei beschränken. Wenn gesagt wird, der Grundsatz betreffe nur die Unwahrheit z u g u n s t e n der Partei[5], so ist das unvollständig. Gleiches muß nämlich gelten, wenn im Prozeß ein Vertreter auftritt[6], der Unwahrheiten vorträgt z u u n -

1 So aber Wach, Vorträge, Seite 149 ff.; vgl. auch Goldschmidt, Rechtslage, Seite 151; derselbe, Lb., § 1 (Seite 2); dagegen Henckel, Gerechtigkeit, Seite 1o ff.
2 Durch die Novelle vom 27.1o.1933.
3 Blomeyer, Lb., § 3o VII 1 c (Seite 143); Rosenberg-Schwab, § 65 VIII (Seite 319).
4 Lent-Jauernig, § 25 VIII 3 (Seite 71).
5 Stein-Jonas-Pohle, § 138 Anm. I 1 d; Blomeyer, Lb., § 3o VII 1 c (Seite 143).
6 Daß die Wahrheitspflicht auch den Vertretern der Parteien obliegt, ist zwar anerkannt, jedoch wird meist nur darauf hingewiesen, daß sie dem Gericht und dem Gegner gegenüber besteht; vgl. Rosenberg-Schwab, § 65 VIII 2 (Seite 319).

g u n s t e n der eigenen Partei und damit vorsätzlich den Gegner begünstigt[1]. In den Beispielsfällen 1) und 2) würden also der Vormund bzw. der Vorstand der AG gegen die Wahrheitspflicht verstoßen[2].

Die Pflicht zur Vollständigkeit hat neben der Wahrheitspflicht keine selbständige Bedeutung. Lückenhaftes Vorbringen wird nur insoweit untersagt, als dadurch der Sachverhalt bewußt verfälscht wird[3]. Wandelt man das Beispiel des ungetreuen Vormunds dahingehend ab, daß der Kläger K zwar eine Leistung erbracht hat, daß aber der Vormund die eklatante Mangelhaftigkeit oder völlige Unbrauchbarkeit des Geleisteten verschweigt, um seinem Freund K den Geldbetrag zufließen zu lassen, so verstößt auch das gegen die Wahrheitspflicht[4].

Abgesehen von den Fällen, bei denen die vertretene Partei oder Dritte geschädigt werden sollen, ist es durch § 138 Abs. 1 ZPO niemandem verwehrt, zu eigenen Ungunsten die Unwahrheit zu behaupten. Hierfür ist Fall 3) ein Beispiel. Zwar ist das Urteil unrichtig, denn auf Grund der Schenkung konnte die F keine Minderung geltend machen, aber J hat mit seinem falschen bzw. unvollständigen Vortrag nur sich selbst geschadet. Das muß grundsätzlich als zulässig angesehen werden[5], zumal sich gegen das Ergebnis - wenn man es losgelöst von der Anspruchsgrundlage betrachtet - keine Bedenken

---

1 Vgl. Thomas-Putzo, § 138 Anm. I 2 d; de Boor, § 27 I 2 b (Seite 165).
2 Es wäre unverständlich, wenn das geschilderte Verhalten nicht gegen die Wahrheitspflicht verstoßen sollte, da in beiden Fällen sogar ein Verstoß gegen die Strafgesetze (Prozeßbetrug) vorliegt.
3 Blomeyer, Lb., § 3o VII 1 c (Seite 143).
4 Auch eine solche Handlungsweise würde den Tatbestand des Prozeßbetrugs erfüllen.
5 So die h.M.; vgl. Lent-Jauernig, § 25 VIII 3 (Seite 72); a.A.: Bernhardt, Sachverhalt, S. 29 ff.

ergeben[1]: J hätte der F genauso gut 200,-- DM wirksam schenken können.

Diese letzte Überlegung leitet über zum 4. Beispiel. Hier ist durch das Urteil keinem der am Prozeß Beteiligten geschadet worden. Dennoch begegnet der Urteilsspruch insofern Bedenken, als der V nach dem Gesetz nicht mehr hätte liefern dürfen, da der Vertrag erst nach dem Stichtag geschlossen wurde.

Daß hier eine unrichtige Sachverhaltsdarstellung der Parteien nicht mehr vom Willen des Gesetzgebers gedeckt ist, läßt sich auch bei diesem Fall unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht begründen. Sieht man diese als Verbot der Prozeßlüge an, weil recht verstandene Freiheit nicht die Befugnis umschließt, andere zu verletzen[2], so kann man bei weiter Auslegung dieses Satzes darauf verweisen, daß eine gesetzliche Einschränkung der materiellrechtlichen Verfügungsfreiheit in der Regel im öffentlichen Interesse erfolgt. Dann, so kann man folgern, fügt ein Urteil, das auf Grund eines falschen Sachverhalts entgegen der wahren Rechtslage ergeht, der Allgemeinheit Schaden zu, und das Verhalten der Parteien ist durch die Verhandlungsmaxime nicht mehr gedeckt, weil es der Wahrheitspflicht zuwiderläuft.[3]

---

1 Zu überlegen wäre allerdings, inwieweit bei völlig falscher Sachdarstellung durch die Parteien das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen ist. (Auf den Zusammenhang zwischen dem Anrecht auf Rechtsschutz und der Pflicht zur redlichen Prozeßführung weist Bernhardt, Sachverhalt, Seite 24, hin unter Zitierung des Vorspruchs zur Wahrheitspflichtnovelle.) Jedoch bewegt sich diese Frage im rein Theoretischen, da eine Klagabweisung wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses zur Voraussetzung hätte, daß der Richter die Unwahrheit erkennt.

2 Lent-Jauernig, § 25 VIII 3 (Seite 71).

3 Vgl. v. Hippel, Seite 51; a.A.: Henckel, Prozeßrecht, Seite 147.

Praktisch wird sich diese Überlegung allerdings kaum auswirken, weil der Richter die Unwahrheit in aller Regel nicht erkennt. Lent will deshalb die Reichweite des Verhandlungsgrundsatzes an die materiellrechtliche Verfügungsfreiheit der Parteien binden.[1] Ob hiermit de lege lata oder de lege ferenda ein gangbarer Weg aufgezeigt wird, unrichtigen Urteilen vorzubeugen, soll an späterer Stelle erörtert werden.

Zunächst kam es nur darauf an, zu zeigen, inwieweit die Verhandlungsmaxime durch die Wahrheitspflicht begrenzt ist, um daraus abzulesen, in welchem Maße der Gesetzgeber bereit ist, sich mit Urteilen abzufinden, die nicht der wirklichen Rechtslage entsprechen. Dabei hat sich gezeigt, daß in Fällen, da das auf Grund eines unwahren Sachverhalts notwendigerweise falsche Urteil gegen das öffentliche Interesse verstieße, weil Dritte[2] oder die Allgemeinheit geschädigt würden, die Wahrheitspflicht der Verhandlungsmaxime eine Grenze zieht. Lediglich wenn das "Fehlurteil" deshalb hingenommen werden kann, weil die unredliche Prozeßpartei sich durch die Unwahrheit nur selbst geschadet hat, liegt kein Verstoß gegen die recht verstandene Wahrheitspflicht vor. Das macht deutlich, daß Urteile, die auf einem unwahren Sachverhalt beruhen, grundsätzlich nicht im Sinne des Gesetzgebers sind. Andererseits kommt man um die Feststellung nicht herum, daß der Verhandlungsgrundsatz den Parteien die Möglichkeit zur tatsächlichen Beeinflussung des richterlichen Entscheidungsvorgangs gibt,[3] praktisch auch über die von der Wahrheitspflicht gesteckten Grenzen hinaus, denn der Richter kann bei entgegenstehender Absicht der Parteien die Unwahrheit fast nie mit Sicherheit erkennen. Die Parteien können also Mißbrauch treiben;

---

1 Lent, ZZP 63, 47
2 Wobei "Dritter" auch die eigentliche Partei, die im Prozeß vertreten wird, sein kann.
3 Steif, Seite 100

jedoch darf das nicht dazu verleiten, auf einen dahingehenden Willen des Gesetzgebers zu schließen.

Nicht zu zweifeln wäre an der gesetzgeberischen Intention, falsche, weil auf unwahrem Sachverhalt beruhende, Urteile zu verhindern, wenn auch im Zivilprozeß die Inquisitionsmaxime gälte. Daß dem nicht so ist, ändert aber nichts daran, daß der Zivilprozeß der Verwirklichung des materiellen Rechts dient[1]. Das Verfahrensziel muß deshalb die möglichst gerechte Entscheidung sein[2]. Sie kann aber nur dann erreicht werden, wenn der Zivilprozeß nicht von einer bloß "formellen" Wahrheit regiert wird[3], sondern wenn der Richter seinen Spruch grundsätzlich auf den "wahren" Sachverhalt gründet - verschiedene Wahrheiten gibt es nicht[4].

Unterschiedlich können jedoch die Wege sein, auf denen man zum wahren Sachverhalt vorzudringen versucht. Die Schöpfer einer Prozeßordnung müssen deshalb danach streben, den der Materie angemessenen Weg für die Sachverhaltserforschung zu weisen. Unterschiedliche Prozeßordnungen unterscheiden sich also nicht im Verfahrensziel, denn "Wahrheit und Gerechtigkeit" sind "das Ziel eines jeden Prozesses", und "auch die schlechteste Prozeßordnung ist vom Standpunkt ihres Schöpfers aus darauf angelegt, daß im Einzelfall der wahre Sachverhalt festgestellt und gerecht beurteilt werde"[5]. Abweichungen können allenfalls in der Methode der Wahrheitsfindung auftreten[6]. Was diese Methode anbelangt, muß sie einerseits durch Effektivität gekennzeichnet

---

1 BGHZ 1o, 35o, 359.
2 Gaul, AcP 168, 32; vgl. auch Henckel, Gerechtigkeit, insbes. Seite 25.
3 Dazu, daß die These von der "formellen" Wahrheit die Verhandlungsmaxime mißverstanden hat, vgl. Gaul, a.a.O., Seite 49.
4 Vgl. dazu Engisch, Seite 72, mit weiteren Nachweisen.
5 Niese, Seite 16.
6 Vgl. Gaul, AcP 168, 5o.

sein, andererseits muß sie eine relativ sichere Gewähr für das Herausfinden der wahren Tatsachen bieten.

Beurteilt man unter diesen Gesichtspunkten die Geltung der Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß, so muß man sie als sachgerecht bezeichnen[1]. Kann man doch davon ausgehen, daß die Parteien, die sich in aller Regel mit gegensätzlichen Interessen gegenüberstehen, zunächst einmal alles ihnen Günstige vortragen werden - unterstützt durch den Richter, der für den prozessualen Chancenausgleich zu sorgen hat[2] - so daß der neutrale Richter daraus durch Feststellung der stichhaltigen Bestandteile den wahren Sachverhalt zusammensetzen kann[3]. Man muß auch bedenken, welche Schwierigkeiten der sachferne Richter hätte, wenn er den Sachverhalt von Amts wegen erforschen sollte. Ganz abgesehen davon, daß auch dieses keine unbedingte Sicherheit für die Erkenntnis der Wahrheit böte, müßten schwerwiegende Nachteile in Kauf genommen werden. Der Gang des Verfahrens würde umständlicher und schwerfälliger, die Prozesse schleppten sich länger hin, und die Zahl der unerledigten Fälle würde bei den Zivilgerichten auf ein solches Maß anwachsen, daß die Rechtsuchenden unerträglich lange auf einen Richterspruch warten müßten[4]. Auch würden die vom Staat einzusetzenden personellen und sachlichen Mittel stark steigen, so daß die letzten Endes von der Allgemeinheit zu tragenden Aufwendungen für die Rechtspflege enorm anwüchsen.

In Anbetracht dessen muß man zu dem Schluß kommen, daß die Geltung der Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß sach-

---

1 Vgl. Rimmelspacher, Prüfung, Seite 25/26, mit Nachweisen in Fußnote 18.
2 Siehe dazu Henckel, Gerechtigkeit, Seite 2o.
3 Vgl. auch Gaul, AcP 168, 49/5o.
4 Auf den Gesichtspunkt der Prozeßbeschleunigung weist auch Niese, Seite 16, hin.

gerecht ist, weil sie der zweckmäßigste Weg zur Wahrheitsfindung ist[1]. Daß in Einzelfällen die Parteien damit Mißbrauch treiben können, ist bedauerlich und beruht letztlich auf der Tatsache, daß es eine vollkommene Methode nicht gibt. Keinesfalls aber darf das dahingehend aufgefaßt werden, daß der Gesetzgeber den Parteien die Möglichkeit geben wollte, nach ihrer freien Entscheidung das Urteil auf einen unwahren Sachverhalt gründen zu lassen.

Schließlich muß unbedingt festgehalten werden, daß diese Form der Parteiherrschaft die Aufgabe des Gerichts in keiner Weise tangiert, das Urteil im Wege unbeeinflußter Entscheidung durch Anwendung des materiellen Rechts auf den festgestellten Sachverhalt zu finden. Der Richter ist hier also nicht an den Willen der Parteien, sondern nur an das Recht gebunden. Das Urteil stellt sich insofern als "richtig" dar, als die Entscheidung dem Sachverhalt entspricht, der dem Gericht unterbreitet worden ist.

bb) Sonstige prozessuale Normen und Grundsätze

Es gibt jedoch prozessuale Rechtssätze, die unter gewissen Umständen eine Entscheidung erfordern, die nicht mit dem zur Überzeugung des Gerichts feststehenden Sachverhalt in Einklang zu bringen ist. Hier wären vor allem zu nennen Beweislastregeln, Vorschriften über die Unbeachtlichkeit verspäteten Vorbringens (§§ 279, 279 a, 283 Abs. 2, 529 Abs. 2 und 3 ZPO) sowie die das Versäumnisurteil betreffenden Regelungen in §§ 33o, 331 ZPO.

---

1 Vgl. auch Henckel, Prozeßrecht, Seite 144.

c) Beweislast

Daß gesetzliche Vermutungen, die dem Benachteiligten die Beweislast auferlegen, zu "falschen" Urteilen führen können, läßt sich nicht bestreiten. Es mag unbefriedigend erscheinen, daß die Drittwiderspruchsklage der Ehefrau gegen die Zwangsvollstreckung des Gläubigers ihres Ehemannes in eine ihr gehörende Sache als unbegründet abgewiesen wird, nur weil der Frau kein Beweis ihrer Eigentümerstellung gelingt und die Vorschrift des § 1362 Abs. 1 Satz 1 BGB dem Gläubiger auch gegen die Überzeugung des Gerichts zur Seite steht. Es mag in vielen Fällen nicht mit der Wahrheit übereinstimmen, wenn das Gericht im Urteil aussprechen muß, das Pfandrecht sei gemäß § 1253 Abs. 1 BGB erloschen, obwohl der Richter davon überzeugt ist, daß der Eigentümer das Pfand dem Pfandgläubiger heimlich entführt hat; dennoch kann die Entscheidung auf Grund der Vermutung des § 1253 Abs. 2 BGB nicht anders lauten, wenn der Pfandgläubiger keinen Beweis für die eigenmächtige Handlung des Eigentümers erbringen kann. Solche Entscheidungen können - stellt man auf den Einzelfall ab - im höchsten Maße ungerecht sein.

Dennoch dienen derartige gesetzliche Regelungen, die an bestimmte typisierte Lebenssachverhalte bestimmte Vermutungen knüpfen, der Gerechtigkeit. Sie bauen auf festen Erfahrungssätzen auf und schaffen dadurch Rechtssicherheit, daß sie das Prozeßrisiko von vornherein berechenbar machen. Gewiß handelt es sich dabei um eine generalisierende Gerechtigkeit, die nicht immer Einzelfallgerechtigkeit zu bewirken vermag; aber das kann hingenommen werden, weil der anderen Partei die Möglichkeit offensteht, mit dem Beweis des Gegenteils die Vermutung zu entkräften. Man muß anerkennen, daß ohne ein generalisierendes Abfangen von Ungewißheitsmomenten das Recht in der Entscheidungspraxis nicht die ihm

abverlangte Rechtsgewißheit gewährleisten könnte[1]. Wenn dieses auch im Einzelfall zu einem ungerechten Urteil führen mag, so sind doch solche gesetzlichen Vermutungen gerade in der Erwartung aufgestellt, daß durch sie im Falle des "non liquet" in der Mehrzahl der Fälle das gerechte Urteil erreicht wird, indem der Sachverhalt vermutet wird, der die größere Wahrscheinlichkeit für sich hat, und/oder derjenigen Partei der Beweis zugeschoben wird, die ihn naturgemäß leichter zu erbringen vermag. Auch hier liegt es also nicht in der Absicht des Gesetzgebers, Urteile herbeizuführen, die dem wahren Sachverhalt widersprechen. Vielmehr wird eine Übereinstimmung zwischen der gerichtlichen Entscheidung und dem (vermuteten) wirklichen Sachverhalt angestrebt.

β) Verspätetes Vorbringen

Wenn in der Zivilprozeßordnung bestimmt ist, daß nachträglich vorgebrachte Angriffs- oder Verteidigungsmittel unter bestimmten Voraussetzungen zurückgewiesen werden können (§ 279 ZPO) oder daß neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz nur unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen werden dürfen (§ 529 ZPO), so wird dadurch dem Richter ermöglicht bzw. vorgeschrieben, sein Urteil auf einen Sachverhalt zu gründen, der unvollständig ist und insofern zumindest nicht die ganze Wahrheit darstellt. Hier setzt sich das Urteil gegebenenfalls in Widerspruch zu dem vorgetragenen Sachverhalt, aber nicht etwa deshalb, weil der Gesetzgeber ein ungerechtes Urteil als Sanktion gegen die nachlässige Prozeßpartei wirken lassen will. Vielmehr stellen sich solche Urteile deshalb als gerecht dar, weil der Unbeachtlichkeit verspäte-

1 Dubischar, JuS 1971, 385.

ten Vorbringens der Gedanke der Verwirkung zugrunde liegt, eine Form des Rechtsverlustes, die auch dem materiellen Recht bekannt ist und im Prozeßrecht gemäß der auf Beschleunigung hinzielenden Grundtendenz schneller eintritt[1].

Die Parteien können sich diese Grundsätze in Ausnahmefällen für unredliche Zwecke zunutze machen, jedoch entspricht das nicht dem Sinn dieser Vorschriften. Nehmen wir den Fall, daß ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied (X) der AG Klage gegen die Gesellschaft erhebt mit dem Antrag, festzustellen, daß der AG kein Schadensersatzanspruch gemäß § 93 Abs. 2 gegen ihn zustehe. Der jetzige Vorstand will dem X die Haftung erlassen durch absichtliche schlechte Prozeßführung. Um sich aber nicht selbst einem Schadensersatzanspruch der Gesellschaft auszusetzen, wagt es der Vorstand nicht, das entscheidende Verteidigungsmittel überhaupt nicht vorzubringen; er wählt statt dessen den Weg, stichhaltige Argumente erst zu einem Zeitpunkt vorzutragen, als er damit rechnen kann, daß sie vom Gericht als verspätet zurückgewiesen werden. Auf diese Weise soll dann später die Schuld am verlorenen Prozeß auf das Gericht abgewälzt werden.

Daß solche Handlungsweise nicht im Sinne des Gesetzgebers ist, wird schon am Wortlaut der Vorschriften deutlich. Danach kann nachträgliches Vorbringen nur dann zurückgewiesen werden, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts eine Prozeßverschleppungsabsicht oder grobe Nachlässigkeit im Spiel gewesen sind. Erkennt also das Gericht in dem angeführten Beispiel den wahren Beweggrund des Vorstandes, den X arglistig zu begünstigen und der Gesellschaft Schaden zuzufügen, so wird es das Verteidigungsmittel nicht zurückweisen; es hätte hierfür keine Handhabe.

---

1 Zum Ganzen ausführlich Henckel, Prozeßrecht, Seite 93 ff., 112 ff.

Daran zeigt sich, daß eine Dispositionsmöglichkeit den Parteien hiermit nicht gegeben ist[1]. Ihnen sollte nicht die Rechtsmacht verliehen werden, dem Urteil einen falschen Sachverhalt zugrunde zu legen, was ja auch mit dem Grundsatz der Wahrheitspflicht nicht in Einklang zu bringen wäre.

γ) Versäumnisurteil

Darüber, wie die Befugnis der Parteien, Veräumnisurteil ergehen zu lassen, systematisch einzuordnen ist, besteht keine Einigkeit. Bisweilen wird die Möglichkeit der Parteien, es zu einem Versäumnisurteil kommen zu lassen, generell auf die Geltung der Dispositionsmaxime zurückgeführt[2]. Häufiger wird jedoch die Meinung vertreten, nur das Versäumnisurteil gegen den Kläger beruhe auf der Dispositionsmaxime, während die entsprechende Entscheidung gegen den Beklagten aus der Geltung der Verhandlungsmaxime herzuleiten sei[3]. Zur Begründung dieser Differenzierung wird auf den unterschiedlichen Wortlaut der beiden einschlägigen Vorschriften hingewiesen. Während § 330 ZPO bei Nichterscheinen des Klägers ohne weitere Sachprüfung ein die Klage abweisendes Urteil vorschreibt, wird gemäß § 331 ZPO bei Säumnis des Beklagten das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden angesehen, und nur soweit dieses den Klageantrag rechtfertigt, erhält der Kläger ein zuerkenndendes Urteil; in diesem Fall muß das Gericht also erst noch eine Schlüssigkeitsprüfung durchführen.

---

1 Deshalb wird das Gericht auch im Falle des § 279 a ZPO, der Prozeßverschleppungsabsicht und grobe Nachlässigkeit nicht erwähnt, die Erklärung nicht unberücksichtigt lassen dürfen, wenn es Arglist als Grund der Verspätung vermutet. Ebensowenig, wie das Gericht ein als lügenhaft erkanntes Vorbringen seinem Urteil zugrunde legen soll, darf sich der Richter durch einen absichtlich verspäteten Sachvortrag zu einem unrichtigen Urteil verleiten lassen, wenn damit anderen geschadet werden soll. Inwieweit darüber hinaus in Fällen fehlender materieller Verfügungsbefugnis auch aus anderen Gründen die Vorschriften über verspätetes Vorbringen nicht anwendbar sind, soll an späterer Stelle erörtert werden.

2 Thomas-Putzo, Einl. I 1 a.E.; Gaul, AcP 168, 51.

3 Vgl. Rosenberg-Schwab, § 79 II 6 (Seite 376); Blomeyer, Lb., § 13 II 2 (Seite 65) sowie 54 III 3 (Seite 263); Lüke, JuS 1961, 47; Grunsky, FamRZ 1967, 120 (unter 3 a).

Die beiden Vorschriften unterscheiden sich somit in einer nicht zu übersehenden Weise. Dabei handelt es sich jedoch lediglich um eine Frage der positivrechtlichen Ausgestaltung des Versäumnisverfahrens[1], die nichts dafür hergibt, die beiden Erscheinungsformen des Versäumnisurteils auf unterschiedliche Verfahrensgrundsätze zurückzuführen. Tut man das doch, kommt man zu seltsamen Ergebnissen. Beispielsweise muß man im Verwaltungsprozeß, wo Inquisitions- und Dispositionsmaxime gleichermaßen gelten, ein Veräumnisurteil gegen den Beklagten für ausgeschlossen halten, andererseits ein solches Urteil gegen den Kläger als zulässig ansehen[2].

Man muß daher fragen, ob sich nicht ein anderer Grund für die scheinbar unterschiedliche Behandlung des Klägers und des Beklagten finden läßt als gerade die Behauptung, der Gesetzgeber habe nur dem Kläger, nicht aber dem Beklagten mit der Säumnis eine Dispositionsmöglichkeit einräumen wollen. Zu dieser Frage hat man umso mehr Veranlassung, als in der Begründung des Entwurfs der ZPO in bezug auf die Regelung des Versäumnisurteils betont wird, der Entwurf wolle "die thunlichste Gleichstellung beider Parteien"[3]. In der Tat ergeben sich - stellt man auf den ersten Termin zur mündlichen Verhandlung ab - die unterschiedlichen Rechtsfolgen zwangsläufig aus der Verhandlungsmaxime in Verbindung mit einer konsequenten Durchführung des Mündlichkeitsprinzips. Hiernach hat der säumige Beklagte nichts gegen das klägerische Vorbringen geltend gemacht, so daß der Kläger obsiegen muß, soweit sein Vortrag schlüssig ist. Erscheint hingegen der Kläger nicht, so hat er nichts vorgetragen, was sei-

---

1 Nikisch, § 76 I 1 (Seite 295).
2 So - konsequent - Lüke, JuS 1961, 47, gegen die h.M.
3 Materialien, Seite 293.

nen Klageantrag begründen könnte; die notwendige Folge ist Abweisung der Klage. Einerseits läßt sich also insoweit die Klageabweisung bei Säumnis des Klägers statt mit der Dispositionsmaxime ebenso gut mit der Verhandlungsmaxime begründen. Andererseits kann man darauf hinweisen, daß nicht nur der Kläger, sondern auch der Beklagte die Vorschriften über das Versäumnisurteil als Dispositionsgrundlage benutzen kann, denn der Beklagte, der das Vorbringen des Klägers kennt und sich bei nur geringer Rechtskenntnis ausrechnen kann, daß der gegnerische Vortrag schlüssig ist, vermag durch Ausbleiben im Termin in gleicher Weise ein zusprechendes Sachurteil zu erreichen wie es dem Kläger möglich ist, durch Säumnis ein klagabweisendes Urteil ergehen zu lassen. Daß in diesem Fall eine Schlüssigkeitsprüfung unterbleiben kann, die in jenem Fall noch vorgenommen werden muß, beruht also nicht auf unterschiedlichen Verfahrensmaximen, sondern hat seinen Grund darin, daß im Prozeß in erster Linie über das Vorbringen des Klägers zu entscheiden ist. Er hat die Darlegungslast. Trägt er nichts vor, kann für ihn nicht positiv entschieden werden. Trägt er etwas vor, so kann trotz Untätigkeit des Beklagten nur dann positiv für den Kläger entschieden werden, wenn sein Vortrag schlüssig ist.

Es läßt sich aber die Regelung, die die Säumnis der Parteien in der ZPO gefunden hat, mit der Verhandlungsmaxime nicht vollständig erklären, weil auch in späteren Terminen die betreffenden Vorschriften in gleicher Weise zur Anwendung kommen (§ 332 ZPO). Auch dann beruht das entsprechende Versäumnisurteil auf dem "Präjudiz des Verzichts auf den Anspruch"[1] (bei Säumnis des Klägers) bzw. auf der "Fiktion bejahender Klagebeantwortung"[1] (bei Säumnis des Beklagten). Daß

---

1 Materialien, Seite 293.

aber auch das Vorbringen aus vorangegangenen mündlichen Verhandlungen im Fall der Säumnis hinfällig wird, läßt sich mit der Verhandlungsmaxime nicht begründen. Daran zeigt sich, daß die Regelung des Versäumnisverfahrens mit Hilfe der Dispositions- und der Verhandlungsmaxime nicht in den Griff zu bekommen ist.

Man muß deshalb zunächst einmal ganz einfach feststellen, daß die Ausgestaltung des Versäumnisverfahrens eine Reaktion des Gesetzgebers auf das Nichterscheinen (bzw. Nichtverhandeln) der Partei ist. Freilich hat man damit noch nicht den Grund für diese Regelung. Aus den Materialien geht er nicht hervor. Wenn dort gesagt wird, die Regelung des Entwurfs beruhe im Fall klägerischer Säumnis auf dem "Präjudiz des Verzichts auf den Anspruch", im Fall der Säumnis des Beklagten auf der "Fiktion bejahender Klagebeantwortung", so läßt das die Frage offen, w a r u m - d.h. zu welchem Zweck - der Gesetzgeber diese Vermutungen aufgestellt hat. Der Straf- bzw. Ordnungsgedanke, der das Versäumnisurteil als Sanktion des Nichterscheinens erklärt, scheidet als Begründung von vornherein aus, denn damit ließe es sich nicht rechtfertigen, daß der Gegenpartei im gleichen Maße ein Vorteil erwächst wie die nachlässige Partei benachteiligt wird[1]. Es bleibt dann für die Erklärung des Versäumnisurteils - genau wie bei der Zurückweisung verspäteten Vorbringens - nur der Gedanke der Verwirkung übrig. In der Tat läßt sich damit die Versäumnisregelung - auch die Differenzierung zwischen Säumnis des Klägers und Säumnis des Beklagten - begreifen. Hat nämlich der Beklagte durch Nichterscheinen oder durch Nichtverhandeln sein Recht insgesamt verwirkt, Einwendungen gegen die Klage zu erheben, so muß das Urteil allein auf der Grundlage

1 Darauf weist Henckel, Gerechtigkeit, Seite 22, zu Recht hin.

des klägerischen Vorbringens ergehen, das heißt mit anderen Worten, die Schlüssigkeit des klägerischen Vortrags ist maßgebend für den Urteilsinhalt. Hat dagegen der Kläger das Recht verwirkt, irgend etwas zur Begründung seines Klagebegehrens vorzutragen, so ist seine Klage zwangsläufig unbegründet und muß abgewiesen werden.

Das Rechtsinstitut des Versäumnisurteils erscheint somit als besondere Ausformung des Grundsatzes der Verwirkung[1]. Diese muß im Prozeß naturgemäß schneller eintreten als sonst im Rechtsverkehr[2]. Es darf nicht außer acht gelassen werden, daß auch eine Prozeßordnung, deren Ziel das gerechte Urteil ist, die Tatsache im Auge behalten muß, daß eine noch so gerechte Entscheidung den Parteien wenig nützt, wenn sie erst spät - vielleicht sogar zu spät - ergeht.[3] Dieser Gedanke findet natürlich dort seine Grenzen, wo durch zu kurz bemessene, objektiv bestimmte Fristen die Rechtsverwirklichung in typischen, häufig vorkommenden Fällen verhindert würde[4]. Dem trägt das Gesetz insofern Rechnung, als die strenge Regelung der §§ 33o, 331 ZPO, die völlig unberücksichtigt lassen, aus welchem Grund die Partei nicht im Termin erschienen ist (vielleicht nicht erscheinen konnte), dadurch erträglich gemacht wird, daß der säumigen Partei gegen ein erstes Versäumnisurteil der Einspruch zusteht (§ 338 ZPO).

Stellt sich somit die Regelung des Versäumnisverfahrens als eine Methode dar, die Prozeßverschleppungen ver-

---

1 Vgl. Henckel, Prozeßrecht, Seite 112; derselbe, Gerechtigkeit, Seite 23; Bötticher, JZ 1954, 244.
2 Vgl. dazu auch Henckel, Gerechtigkeit, Seite 24.
3 Vgl. den Ausspruch von Labruyère: "Une circonstance essentielle à la justice, c'est de la faire promptement et sans différer; la faire attendre, c'est injustice." (zitiert nach B-L, Vorwort).
4 Vgl. Säcker, NJW 1967, 1118.

hindern und der Partei keinen Raum lassen will für eine hinhaltende Taktik, die die Rechtsverwirklichung verzögert oder ausschließt, so dienen diese Vorschriften dem Ziel der Gerechtigkeit. Das läßt es ausgeschlossen erscheinen, daß den Parteien hiermit eine Möglichkeit an die Hand gegeben werden sollte, von der materiellen Rechtslage abweichende Urteile zu erreichen. Über den Begriff der Gerechtigkeit können die Parteien zweifellos nicht disponieren.

Wenn also behauptet wird, durch Ausbleiben im Termin könne der Kläger eine Disposition vornehmen, auf Grund derer das Urteil von der wahren Rechtslage abweiche[1], so beschreibt das in richtiger Weise eine Möglichkeit, die die Partei tatsächlich hat. Man darf aber nicht von daher auf den Sinn der Regelung schließen wollen. Wie andere allgemeine Vorschriften müssen auch diejenigen über das Versäumnisurteil auf den Regelfall abstellen. Dieser besteht darin, daß die säumige Partei in Prozeßverschleppungsabsicht handelt. Dann ergeht gegen die Partei ein Urteil nicht w e i l sie es will, sondern o b w o h l sie es verhindern wollte. Daß eine Partei, der diese Vorschriften bekannt sind, sich diese gesetzliche Regelung für ihre - möglicherweise unlauteren - Zwecke nutzbar machen kann[2], steht auf einem anderen Blatt. Es ist jedenfalls nicht im Sinne des Gesetzgebers, der mit den Versäumnisregeln den Grundgedanken der Verwirkung als Ausdruck materieller Gerechtigkeit[3] konkretisiert hat, daß die Parteien durch Ausbleiben im Termin bewußt über den Urteilsinhalt disponieren[4].

---

1 Blomeyer, Lb., § 13 II (Seite 65).
2 Wenn die Partei deshalb nicht erschiene, weil sie ihre Sache ohnehin für verloren hält, so wäre gegen eine solche "Disposition" nichts einzuwenden; aber in solchen Fällen wird es die Partei in aller Regel gar nicht erst zum Prozeß kommen lassen.
3 Siehe Henckel, Prozeßrecht, Seite 95.
4 So auch Häsemeyer, ZZP 85, 225.

cc) Zusammenfassung

Die vorstehenden Erörterungen haben gezeigt, daß keine Prozeßrechtsnormen aufzufinden sind, deren Zweck es ist, den Parteien eine Disposition über den Urteilsinhalt einzuräumen, die hinausginge über die Bestimmung des Streitgegenstands und die Frage, ob das Gericht überhaupt entscheiden soll.

Soweit die Dispositionsmaxime in dieser Hinsicht in Frage steht, ergibt sich das aus grundlegenden rechtsstaatlichen Erwägungen. Was die Verhandlungsmaxime anbetrifft, geht es nicht darum, die Parteien unbeschränkt disponieren zu lassen - schon gar nicht über den Urteilsinhalt unabhängig vom vorgetragenen Sachverhalt; vielmehr handelt es sich um eine nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten gewählte Methode zur Herbeischaffung des entscheidungserheblichen - wahren - Tatsachenmaterials.

Gesetzliche Vermutungen, die die Beweislast regeln, dienen dem Zweck, im Falle des nicht aufzuklärenden Sachverhalts die gerechte Entscheidung herbeizuführen, d.h. die, die dem (vermutlich) wahren Sachverhalt entspricht. Daß in Einzelfällen möglicherweise das Gegenteil erreicht wird, liegt letztlich daran, daß keine Regelung vollkommen ist.

Nach den Vorschriften über die Zurückweisung verspäteten Vorbringens sowie nach der Regelung des Versäumnisverfahrens ergehen zwar Urteile ohne Rücksicht auf den vollständigen bzw. wahren Sachverhalt und damit ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage; jedoch geschieht das nicht deshalb, weil die Parteien insofern verfügen könnten, sondern weil hier ein anderes Rechtsprinzip (das der Verwirkung) dem Grundsatz entgegensteht[1], daß der Richter sein Urteil durch Anwendung

1 Vgl. Henckel, Gerechtigkeit, Seite 24.

des materiellen Rechts auf den festgestellten Sachverhalt finden müsse.

Sofern die Parteien dennoch auf Grund der Berechenbarkeit des Rechts die angeführten Normen zielgerichtet für ihre Zwecke einsetzen, handelt es sich nicht um eine Dispositions b e f u g n i s . Wenn gesagt wird, daß die Parteien mit Hilfe dieser Normen disponieren, so ist zwar faktisch der Vorgang zutreffend beschrieben; um jedoch Mißverständnissen der gesetzgeberischen Absicht vorzubeugen, sollte man eher von Manipulationen als von Dispositionen sprechen[1].

dd) Exkurs: Die Ausschaltungsbefugnis

Zur Überprüfung der Ansicht, daß die Parteien auf den Urteilsinhalt keinen weitergehenden Einfluß haben, als oben beschrieben worden ist, kann man die Problematik der sogenannten Ausschaltungsbefugnis heranziehen. Dabei handelt es sich um die Frage, ob der Kläger - für das Gericht bindend - sein Klagebegehren auf einen bestimmten materiellen Anspruch stützen und damit dem Gericht untersagen kann, den (prozessualen) Anspruch unter sonstigen materiellrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen[2]. Zum Teil wird in der Literatur eine derartige Befugnis des Klägers bejaht[3]. Auch die

1 Dieses wird der Sache nach von Heinrich Lehmann anerkannt, wenn er von zwei Möglichkeiten der Disposition spricht; vgl. Klaganerkenntnis, Seite 221.

2 Steif bezeichnet diese auf rechtlichem Gebiet liegende Ausschaltungsbefugnis als "unmittelbare Ausschaltungsbefugnis"; siehe Steif, Seite 5.

3 Vgl. Blomeyer, Beiträge, Seite 72; Rosenberg, ZZP 49, 46; diese Meinung hat Rosenberg allerdings in der 9. Auflage seines Lehrbuches aufgegeben, § 88 II 1 c α (Seite 418); Schönke-Kuchinke, § 39 III (Seite 177); Lüke, JuS 1961, 46, der dieses für die herrschende Meinung hält.

Rechtsprechung des Reichsgerichts tendierte in diese Richtung[1]. In neuerer Zeit gewinnt jedoch die Meinung an Boden, daß man dem Kläger ein solches Recht nicht zugestehen könne.

Steif weist in seiner Dissertation über die Ausschaltungsbefugnis nach, daß der Bejahung einer solchen Befugnis bei Feststellungsklagen schon das für diese Klageart geforderte besondere Feststellungsbedürfnis entgegensteht[2]. In bezug auf Leistungs- und Gestaltungsklagen betont Steif, daß wegen des hineinspielenden öffentlichen Interesses eine Einschränkung des prozessualen Anspruchs[3] nicht als zulässig angesehen werden dürfe[4]. Das begründet der Autor aus dem Zusammenhang zwischen Streitgegenstand und Rechtskraft; letztere aber könne nicht durch Parteivereinbarung eingeschränkt werden[5]. Auch stehe dem Kläger nicht etwa im Hinblick auf die Nebenwirkungen des Urteils ein schutzwürdiges Interesse an einer Ausschaltungsbefugnis zu[6]. Nach alledem kommt Steif zu dem Ergebnis, daß eine Disposition über den Begriff des prozessualen Anspruchs, des Streitgegenstandes also, wegen dessen prozeßrechtlicher Natur nicht stattfinden dürfe[7].

---

1 Vgl. RGZ 86, 377, 378; 123, 271, 273; RG HRR 1935, Nr. 817; bei der letztgenannten Entscheidung handelte es sich allerdings um einen Fall, bei dem nach heutiger Anschauung zwei Streitgegenstände im Spiel waren, der Kläger dem Gericht also gar nicht einen rechtlichen Gesichtspunkt untersagte, sondern sein legitimes Wahlrecht bezüglich der beiden Streitgegenstände ausübte; zu der Besonderheit der Entscheidung im 123. Band siehe bei Henckel, Parteilehre, Seite 275 f.

2 Steif, Seite 24 f.

3 Genau darum handelt es sich ja bei der Ausschaltungsbefugnis, wenn aus dem prozessualen Anspruch, dem mehrere materiellrechtliche Anspruchsgrundlagen zugrunde liegen, einzelne eliminiert werden sollen.

4 Steif, Seite 67.

5 A.a.O., S. 65 ff.

6 A.a.O., Seite 34 ff., insbes. Seite 38.

7 Vgl. a.a.O., Seite 73, 74/75, 76/77.

Ganz entschieden gegen die Möglichkeit einer Beschränkung des Streitgegenstandes spricht sich auch Henckel aus[1], und zwar unabhängig davon, ob der Partei ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis zuzusprechen wäre oder nicht. Wenngleich die Parteien über den Streitgegenstand disponieren dürften, so bedeute das nicht, daß der B e g r i f f "Streitgegenstand" zu ihrer Verfügung stünde. Die Parteien könnten nur über den Gegenstand disponieren, der im konkreten Prozeß den Begriff ausfülle; wie der Streitgegenstandsbegriff zu fassen sei, ergebe sich aber aus den Sätzen des objektiven Rechts[2]. Diese seien vom Parteiwillen unabhängig.

Auch Brauer lehnt die Ausschaltungsbefugnis des Leistungsklägers ab, gerade im Hinblick auf die Reichweite der Dispositionsmaxime, aus der dieses nicht herzuleiten sei[3]. Ferner sprechen sich Schwab[4] und - mit Einschränkung - Habscheid[5] gegen eine Ausschaltungsbefugnis des Leistungsklägers aus.

Nun sind es allerdings grundsätzlich verschiedene Dinge, ob der Kläger über den Begriff des Streitgegenstands verfügen kann oder ob man die Parteien über den konkreten Urteilsinhalt disponieren läßt. Im letzteren Fall bleibt der vom objektiven Recht vorgezeichnete Streitgegenstandsbegriff unangetastet. Deshalb wird vielleicht nicht auf den ersten Blick klar, was das eine mit dem anderen zu tun hat. Führt man sich jedoch vor Augen, daß die Problematik der Ausschal-

---

1 Henckel, Parteilehre, Seite 273.
2 Henckel, a.a.O., S. 273.
3 Vgl. Brauer, JZ 1956, 712; ders., NJW 1956, 1190.
4 Vgl. Schwab, Streitgegenstand, Seite 18 f.
5 Habscheid, Streitgegenstand, will die Ausschaltungsbefugnis davon abhängig machen, ob der Kläger ein Rechtsschutzbedürfnis dafür nachweist; siehe Seite 174 f., 183.

tungsbefugnis eine Frage nach der Verfügungsmacht der Parteien im Prozeß ist und daß die Bestimmung des konkreten Urteilsinhalts durch die Parteien ebenfalls anhand der Dispositionsmaxime geprüft worden ist, so erhellt, daß sich unter diesem Blickwinkel sehr wohl eine Beziehung zwischen beiden Fragen herstellen läßt. Das wird besonders deutlich, wenn man folgenden Satz Brauers (zur Ausschaltungsbefugnis) liest: "Daß ein Kläger ... die Macht habe, dem Gericht diesen oder jenen 'Anspruchsparagraphen' zu verbieten und dadurch den juristischen Horizont des Gerichts beliebig einzuengen, das ist in keiner einzigen jener prozessualen Vorschriften angeordnet, deren ... Gesamt-Tendenz gemeint ist, wenn man 'Dispositionsmaxime' sagt."[1] Man ist geradezu versucht, den Satz fortzuführen: "... und daß die Parteien den juristischen Horizont des Gerichts auf Null zusammenschrumpfen lassen, indem sie dem Richter befehlen, welches Urteil er erlassen soll, erscheint vollends ausgeschlossen"[2].

Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß die Frage nach der Zulässigkeit der Ausschaltungsbefugnis umstritten ist und daß sie mit Henckel und Steif aus Gründen der fehlenden Verfügungsmacht der Parteien über den Streitgegenstand verneint werden muß. Brauer hebt in diesem Zusammenhang zu Recht den Gesichtspunkt hervor, daß auch die in der Ausschaltungsbefugnis liegende Beschneidung der richterlichen Tätigkeit von der Dispositionsmaxime nicht gedeckt würde. Dann aber kann das Extrem, daß nämlich dem Richter überhaupt kein Spielraum mehr bleibt, ihm vielmehr unter "Verbot" der Anwendung der Rechtsnormen auf den Sachverhalt nur noch vorgeschrieben wird, welchen Spruch er zu fällen hat,

1 Brauer, JZ 1956, 712.
2 A.A. Rosenberg, ZZP 49, 41, der ausdrücklich ausspricht, bei Klaganerkenntnis und -verzicht sei die Subsumtionsfreiheit des Richters ausgeschlossen.

schwerlich mit dem Hinweis auf die Parteiherrschaft begründet werden.

Auch von daher wird also unser Ergebnis gestützt, daß eine solch direkte und zwingende Einflußnahme der Parteien auf den Urteilsinhalt von der Rechtsordnung mißbilligt wird.

ee) Ergebnis: Doppelnatur von Klaganerkenntnis und -verzicht

Nachdem wir festgestellt haben, daß das Gesetz mit keiner seiner Vorschriften den Zweck verfolgt, die Parteien in der Weise über den Urteilsinhalt disponieren zu lassen, daß dem Richter seine ureigenste Aufgabe entzogen wird, die Rechtsfolgen durch Anwendung des materiellen Rechts auf den festgestellten Sachverhalt verbindlich festzulegen, und nachdem sich gezeigt hat, daß eine solche Parteiherrschaft mit rechtsstaatlichen Grundsätzen schwerlich in Einklang zu bringen wäre, ergibt sich die Folgerung für die rechtliche Natur von Anerkenntnis und Verzicht beinahe von selbst.

Wenn in §§ 3o6, 3o7 ZPO den Parteien bewußt die Möglichkeit gegeben ist, einverständlich ein bestimmtes Urteil zu erwirken, und wenn das Gericht grundsätzlich ein entsprechendes Urteil zu erlassen hat, so ist das nur in der Weise denkbar, daß die Parteien den Sachverhalt schaffen, bei dessen Subsumtion unter die materiellrechtlichen Normen sich ein solches Urteil zwangsläufig ergibt. Mit dieser "Schaffung" des Sachverhalts ist allerdings nicht gemeint, daß die Parteien unter Ausnutzung der Verhandlungsmaxime den schon bestehenden Sachverhalt "frisieren", denn dann wären auf Grund von § 138 Abs. 1 ZPO Anerkenntnis und Verzicht unbeachtlich, wenn der Richter diese Partei-

handlungen mit Rücksicht auf das bisherige Vorbringen im Prozeß für lügenhafte Behauptungen hielte. Vielmehr ist das so zu verstehen, daß die Parteien n e u e Tatsachen und damit eine n e u e R e c h t s l a g e herbeiführen, indem sie ein materiellrechtliches Rechtsgeschäft vornehmen. Somit müssen Klaganerkenntnis und -verzicht (auch) materiellrechtlicher Natur sein.

Beim Klaganerkenntnis kann also der Richter allein auf Grund des darin enthaltenen konstitutiven Anerkenntnisses im Sinne von § 781 BGB sein Urteil fällen, ohne noch Rücksicht auf das sonstige (frühere) Vorbringen der Parteien nehmen zu müssen. Insofern erweist sich die herrschende Meinung, wonach das Gericht bei Klaganerkenntnis und -verzicht keine Schlüssigkeitsprüfung vorzunehmen habe[1], bedingt als richtig: Es ist nicht zu prüfen, ob das Anerkenntnis mit dem sonstigen Vortrag des Beklagten in Einklang steht, denn das konstitutive Anerkenntnis hat seinen Grund in sich selbst; wohl aber ist zu berücksichtigen, ob bestimmte Umstände, die sich aus der bisherigen Tatsachenfeststellung ergeben haben, das Anerkenntnis selbst, also seine Wirksamkeit, beeinflussen. (Auf diese Frage wird weiter unten noch genauer einzugehen sein.)

Diese Ausführungen gelten für den Klageverzicht entsprechend. Da der Kläger verzichtet hat, steht ihm spätestens seit diesem Zeitpunkt das materielle Recht nicht mehr zu; es ist dann unerheblich, ob es schon vorher nicht existierte oder ob es erst auf Grund des Verzichts erloschen ist. Das Gericht kann jedenfalls die Klage abweisen.

Mit dem bisher Gesagten ist die materielle Seite des Anerkenntnisses und Verzichts nachgewiesen. Es soll

---

1 Siehe Fußnote 1 auf Seite 133.

damit aber nicht einer rein materiellen Auffassung das Wort geredet, sondern die Theorie der Doppelnatur vertreten werden. Ebenso wie beim Prozeßvergleich muß bei diesen Parteihandlungen eine prozessuale Seite anerkannt werden. Auch diese Erklärungen werden nicht allein um der materiellrechtlichen Regelung willen abgegeben - nicht einmal in erster Linie deshalb -, sondern zielen ganz bewußt auf die Prozeßbeendigung hin. So wird zum Beispiel das Klaganerkenntnis, im Gegensatz zum rein materiellrechtlichen Anerkenntnis, im gleichen Augenblick, da es vorgenommen wird, dem Gericht erklärt, und so als neuer Tatsachenstoff in den Prozeß eingeführt zum Zwecke seiner Beendigung[1]. Neben dieser prozessualen Wirkung, die von den Parteien beabsichtigt wird, richtet sich auch die äußere Form von Klaganerkenntnis und -verzicht, da sie im Prozeß erfolgen, nach Prozeßrecht.

Von der Doppelnatur ausgehend, läßt sich nun auch die Frage beantworten, in welcher Beziehung Klaganerkenntnis und -verzicht zur Dispositionsmaxime stehen. Daß diese Parteihandlungen das Gericht unter Ausschaltung des Sachverhalts an einer rechtlichen Würdigung verhindern, ist schon abgelehnt worden, weil soweit auch die Dispositionsmaxime nicht geht. Aufbauend auf unserer Erkenntnis, daß Anerkenntnis und Verzicht auch materiellrechtliche Rechtsgeschäfte sind, lassen sie sich aber sehr wohl mit der Dispositionsmaxime in Einklang bringen. Dieser Grundsatz gibt den Parteien das Recht, den Streitgegenstand zu bestimmen bzw. abzuändern. Nichts anderes als eine Abänderung - genauer: eine Auswechselung - des Streitgegenstandes ist es, wenn die Parteien dem Gericht anstatt des früheren Klagegrundes nun einen neuen, nämlich das inzwischen vorgenommene Rechtsgeschäft, zur Entscheidung unterbreiten.

---

1 Vgl. Kohler, ZZP 29, 37.

Es ist also nicht so, daß mit Klaganerkenntnis und -verzicht den Parteien eine besondere Dispositionsmöglichkeit gegeben wäre. Richtig ist vielmehr, daß Anerkenntnis und Verzicht auf Grund der Geltung der Dispositionsmaxime, die den Parteien die Bestimmung des Streitgegenstandes überläßt, möglich sind.

e) Widerlegung der für die Theorie der Prozeßhandlung angeführten Argumente

Wenn festgestellt worden ist, daß Klaganerkenntnis und -verzicht eine Doppelnatur haben, also auch materiellrechtliche Rechtsgeschäfte sind, so handelt es sich dabei keineswegs um eine neue Erkenntnis. Dieses war - wie schon erwähnt -[1] früher die herrschende Meinung. Dabei wurde bisweilen besonders deutlich auch auf die Tatsache hingewiesen, daß sich die Grundlage der richterlichen Entscheidung von dem ursprünglichen Sachverhalt auf das neu vorgenommene Rechtsgeschäft (Anerkenntnis oder Verzicht) verlagert bzw. "verschiebt"[2]. Daher war die Theorie der Doppelnatur auch unter der Bezeichnung "Verschiebungstheorie" bekannt. Gegen diese Auffassung sind im Laufe der Zeit von verschiedenen Autoren Bedenken erhoben worden, die zumindest bei diesen Schriftstellern dazu geführt haben, die Theorie der Doppelnatur als falsch abzulehnen. Daraus hat sich die heute herrschende Meinung von der rein prozessualen Natur des Klaganerkenntnisses und -verzichts gebildet, die sich dahingehend ausgewirkt hat, daß in neueren Veröffentlichungen dieser Theorienstreit bisweilen schon als ausgestanden betrachtet wird und man ohne nähere Nachprüfung der Gründe von der rein pro-

1 Siehe unter C II 2 a.
2 Siehe z.B. Kohler, ZZP 29, 37.

zessualen Theorie ausgeht[1]. Es ist aber notwendig, die Argumente gegen die Theorie der Doppelnatur, insbesondere auch gegen ihre besondere Ausformung als "Verschiebungstheorie", auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen.

aa) Die formalen Voraussetzungen seien vom Prozeßrecht geregelt

Soweit zur Begründung der rein prozessualen Auffassung darauf hingewiesen wird, daß Klaganerkenntnis und -verzicht - im Gegensatz zu den entsprechenden materiellen Rechtsgeschäften - in der Regel mündlich erklärt werden, daß sich diese Erklärungen an das Gericht richten und daß sie dem Anwaltszwang unterliegen[2], könnte das allenfalls gegen die rein materielle Auffassung von Klaganerkenntnis und -verzicht sprechen. Es ist jedoch kein Argument gegen die Theorie der Doppelnatur, denn sie schließt es nicht aus, die betreffenden Parteihandlungen bezüglich ihrer äußeren Form den prozessualen Vorschriften zu unterwerfen[3].

Wenn betont wird, der prozessuale Verzicht (bzw. das prozessuale Anerkenntnis) erfordere niemals vormundschaftsgerichtliche Genehmigung[4], so kann das nur als F o l g e r u n g aufgefaßt werden, die aus der prozessualen Auffassung gezogen wird. Sollte damit aber diese Auffassung b e g r ü n d e t werden, so handelte es sich um einen Zirkelschluß.

---

1 So beispielsweise Wolf, § 1 I (Seite 7).
2 Vgl. die Gegenüberstellungen bei Rosenberg-Schwab, § 134 IV 7 c (Seite 693/94) sowie § 134 V 2 e (Seite 696).
3 Deshalb kann Baumgärtel nicht gefolgt werden, wenn er auf Seite 147 ausführt, es spreche für die rein prozessuale Natur, daß Art und Weise des Zustandekommens allein vom Prozeßrecht geregelt seien.
4 Rosenberg-Schwab, § 134 IV 7 c (Seite 693) und § 134 V 2 e (Seite 696), jeweils unter δ.

bb) Anerkenntnis und Verzicht entsprächen der wahren Rechtslage

Sieht man von solchen formellen Fragen, die die nach außen gerichtete Erklärung betreffen, ab, und sucht man nach Gründen, die es aus dem Wesen heraus erklären, daß die herrschende Meinung dem Klaganerkenntnis und -verzicht eine andere Rechtsnatur zuspricht als dem Prozeßvergleich, so kommt man darauf, daß bei letzterem die Chance geringer ist als bei den beiden anderen Parteihandlungen, die "wahre" Rechtslage zu treffen. Damit ist folgendes gemeint. Beim Normalfall des Prozeßvergleichs, bei dem der Kläger einen Anspruch behauptet und der Beklagte ihn bestreitet und wo man sich schließlich auf die Hälfte der ursprünglich geforderten Summe einigt, hat man zwar einen für beide Seiten erträglichen Kompromiß erzielt, die Chance jedoch, daß die reduzierte Summe nun der Wirklichkeit entspricht, ist denkbar gering. In der Regel wird es so sein, daß die Forderung entweder in voller Höhe besteht oder gar nicht. Von daher kommt man zu der Überlegung, daß Klaganerkenntnis und -verzicht die größere Richtigkeitsgewähr für sich beanspruchen, denn - so könnte man meinen - wenn eine Partei voll nachgibt, so spricht eine große Wahrscheinlichkeit dafür, daß das Recht tatsächlich nicht auf ihrer Seite ist. Dieser Gedanke klingt bei manchen Autoren an, wenn sie sagen, mit Klaganerkenntnis und -verzicht wollten die Parteien nicht eine neue Rechtslage schaffen, sondern nur dem schon bestehenden Rechtszustand entsprechen; ein Kläger, der "glaubte, das behauptete Recht stünde ihm zu, würde es gewiß nicht aufgeben"[1].

1 Lent, DRZ 1948, 1o; vgl. auch Lent-Jauernig, § 47 I (Seite 146); Hegler, Seite 239/4o; Reichel, AcP 1o4, 85; einschränkend Nikisch, § 66 I 2 (Seite 257) und Baumgärtel, Seite 145.

Demgegenüber ist jedoch darauf hinzuweisen, daß Anerkenntnis und Verzicht im Prozeß auch ganz andere Gründe haben können. So mag die eine Partei vielleicht deshalb nicht mehr prozessieren, weil sie des Streitens müde ist und die Sache eines weiteren Aufwandes nicht für wert hält, in einem anderen Fall gibt der Kläger möglicherweise deshalb auf, weil er - obgleich von seinem Recht überzeugt - einsieht, daß er den Prozeß infolge fehlender Beweismittel nicht gewinnen kann, und schließlich sind - worauf schon hingewiesen wurde - Fälle denkbar, bei denen nur deshalb ein Klaganerkenntnis oder -verzicht erklärt wird, weil der Kläger und der Beklagte (bzw. deren gesetzliche Vertreter) zur Erreichung eines rechtlich nicht zu billigenden Ergebnisses zusammenwirken wollen.

In allen diesen Fällen fehlt auch bei Anerkenntnis und Verzicht die Richtigkeitsgewähr. Das wird in einem Teil des Schrifttums anerkannt. Einige Autoren weisen deshalb darauf hin, daß es gleichgültig sei, aus welchem Grunde die Partei eine solche Handlung vornehme, und daß sie dieses auch entgegen ihrer eigenen Überzeugung bezüglich der Rechtslage tun könne[1].

Andererseits ist es beim Prozeßvergleich durchaus möglich, daß das durch ihn erreichte Ergebnis mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt. Das wird gerade dann häufig der Fall sein, wenn in den Vergleich mehrere Ansprüche einbezogen werden. Hat A einen bestrittenen Anspruch gegen B und B einen solchen gegen A und vergleichen sich die Parteien dahingehend, daß jeweils die eine den Anspruch der anderen anerkennt, so besteht bei diesem Prozeßvergleich die gleiche Vermutung für die materiellrechtliche Richtigkeit wie bei einem Klag-

1 Vgl. Rosenberg-Schwab, § 134 IV 7 a (Seite 693); Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 3o6 Anm. I 2, § 3o7 Anm. I 2; Arens, Seite 215 ff.; H. Lehmann, Klaganerkenntnis, Seite 222.

anerkenntnis. Zuzugeben ist zwar, daß ein Prozeßvergleich selten deshalb geschlossen wird, weil die Parteien oder das Gericht der Überzeugung wären, daß der erreichte Kompromiß der tatsächlichen Rechtslage e n t s p r e c h e ; dieser Gedanke ist nicht entscheidend. Dem Prozeßvergleich wird ja gerade deshalb eine Doppelnatur zugesprochen, weil die Parteien in der Regel die neue Rechtslage erst s c h a f f e n wollen. Immerhin hat sich aber gezeigt, daß der Unterschied in der Richtigkeitsgewähr bei Klaganerkenntnis und -verzicht einerseits und Prozeßvergleich andererseits allenfalls ein gradueller, nicht jedoch ein grundsätzlicher ist. Somit erscheint es nicht gerechtfertigt, darauf eine dogmatische Unterscheidung zu gründen.

cc) Ein materiellrechtliches Anerkenntnis entspreche nicht dem Parteiwillen, weil dieses mit der eingeklagten Forderung rechtlich nichts zu tun habe

Lent beruft sich zur Verteidigung der rein prozessualen Auffassung darauf, daß ein materiellrechtliches - abstraktes, konstitutives - Anerkenntnis nicht dem Willen der Parteien entspreche. Er führt aus, der Beklagte wäre erstaunt, wenn man ihm eröffnete, sein Anerkenntnis der eingeklagten Forderung habe mit dieser rechtlich nichts zu tun, vielmehr sei eine neue Forderung des Klägers entstanden[1].

Diese Formulierungen sind jedoch überspitzt. Wenn behauptet wird, bei einem abstrakten Schuldanerkenntnis habe dieses mit der eingeklagten Forderung "rechtlich nichts zu tun", so ist das vordergründig. Die Tatsache, daß das materielle Anerkenntnis abstrakt und konstitutiv ist, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß es nur

1 Lent, Anerkenntnis, Seite 125.

zur Sicherung bzw. Durchsetzung der ursprünglichen Forderung abgegeben wird. Dagegen läßt sich nicht einwenden, die hier vertretene Meinung treffe zwar für die Praxis zu, bei einer juristischen Betrachtensweise müsse man aber den Worten Lents beipflichten. Vom Recht wird nämlich der Zusammenhang zwischen der ursprünglichen Forderung und dem Anerkenntnis durchaus berücksichtigt. Es besteht hinsichtlich dieser beiden Ansprüche Anspruchskonkurrenz, d.h. es sind mehrere auf die gleiche Leistung gerichtete Ansprüche in der Weise gegeben, daß die Leistung nur einmal verlangt werden kann und der eine Anspruch erlischt, wenn der andere erfüllt wird[1]. Zwar kann der Gläubiger, wenn er mit dem einen Anspruch nicht durchdringt, unabhängig davon dann eben den zweiten geltend machen; ist er aber aus dem ersten Anspruch bereits befriedigt worden, kann er nicht noch aus dem zweiten Anspruch die Leistung verlangen und sie sich somit zweifach erbringen lassen, denn der zweite Anspruch erlischt mit Erfüllung des ersten. Unter diesem Gesichtspunkt läßt sich die Behauptung nicht halten, das abstrakte Schuldanerkenntnis habe mit der eingeklagten Forderung rechtlich nichts zu tun.

Deshalb können auch die Folgerungen, die Lent im einzelnen zieht, nicht als zwingend anerkannt werden. Folgende Beispiele werden von Lent[2] angeführt. Zum ersten: Habe die Klageforderung auf einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung beruht, so sei die Aufrechnung ihr gegenüber ausgeschlossen gewesen (§ 393 BGB); gebe der Schuldner nun ein konstitutives Klaganerkenntnis ab, so könne er gegenüber der sich daraus ergebenden Forderung aufrechnen. Zweitens müsse eine

1 Vgl. Larenz, AT, § 14 IV 4 (Seite 211, 214); Nikisch, AcP 154, 283 f.; v. Tuhr, § 16 II (Seite 282 f.).
2 Anerkenntnis, Seite 13o.

Unterhaltsforderung des Klägers das Vollstreckungsprivileg verlieren, wenn durch das Klaganerkenntnis des Schuldners eine vom Schuldgrund losgelöste neue Forderung des Klägers begründet werde.

Diese Auffassung scheint auf den ersten Blick folgerichtig zu sein; sie geht jedoch in den Konsequenzen, die sie aus der materiellrechtlichen Seite des Klaganerkenntnisses zieht, zu weit. Es darf nicht außer acht gelassen werden, daß trotz der Abstraktheit des Anerkenntnisses dieses nur im Hinblick auf die vom Kläger behauptete Forderung abgegeben wird, daß also die Forderung aus dem Anerkenntnis die Forderung aus der vom Kläger behaupteten Anspruchsgrundlage ersetzt. Wenn es aber so ist, dann geht es nicht an, dem Gläubiger und Prozeßgegner des Anerkennenden durch den Austausch der Forderungen Nachteile aufzubürden, zumal der Gläubiger sich gegen ein Klaganerkenntnis insofern nicht "wehren" kann, als er - worauf noch genauer einzugehen sein wird - nach Abgabe eines Anerkenntnisses nicht mehr Verurteilung auf Grund des ursprünglich geltend gemachten Anspruchs verlangen kann. Berücksichtigt man dieses, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß besondere Eigenschaften der Klageforderung, wie ein Vollstreckungsprivileg oder der Ausschluß der Aufrechenbarkeit, auf die durch das Klaganerkenntnis begründete Forderung übergehen müssen. Darin ist keine teilweise Aufgabe der Theorie der Doppelnatur zu erblicken. Es ist dies nur eine Beachtung des schon hervorgehobenen Zusammenhangs, der trotz der Abstraktheit des Klaganerkenntnisses zwischen der neu begründeten und der ursprünglichen Forderung des Klägers besteht: Wegen der zwischen beiden bestehenden Anspruchskonkurrenz erlischt bei Erfüllung der einen Forderung die andere automatisch.

Gleiches muß für die Frage der Rechtshängigkeitszinsen gelten[1]. Maßgebend dafür muß der Zeitpunkt sein, zu dem die ursprüngliche Forderung rechtshängig wurde, auch wenn aus der durch das Klaganerkenntnis neu begründeten Forderung verurteilt wird. Geht der Rechtsstreit um die Frage, ab wann ein bestimmtes Rechtsverhältnis überhaupt besteht, muß die Übereinstimmung zwischen dem Klageantrag und dem anerkannten Anspruch aus dem Inhalt des Anerkenntnisses entnommen werden. Süß führt als Beispiel einen Antrag des Klägers an, festzustellen, daß seit dem 1. Mai ein Mietverhältnis bestanden hat. Erkennt der Beklagte in einer mündlichen Verhandlung am 1. Juni an, so muß - falls es sich um ein Klaganerkenntnis handeln soll - dieses konstitutive Anerkenntnis natürlich den Inhalt haben, daß das Mietverhältnis seit 1. Mai besteht[2]. Die Bereitschaft des Beklagten, das Bestehen des Mietverhältnisses ab 1. Juni einzuräumen, wäre allenfalls ein Vergleichsangebot.

dd) Nach der Doppelnatur folgten möglicherweise zwei Schuldanerkenntnisse aufeinander

Wenn Lent[3] den Fall herausgreift, daß außerhalb des Prozesses schon ein konstitutives Schuldanerkenntnis zwischen den Parteien vereinbart ist und wenn er meint, falls nun im Prozeß ein Anerkenntnis abgegeben werde, so sei es abwegig, anzunehmen, daß zwei abstrakte Schuldanerkenntnisse aufeinander folgten und immer wieder neue Forderungen begründeten, so ist das nicht

---

1 Vgl. dazu Lent, Anerkenntnis, Seite 13o.
2 Die Meinung Süß', daß hier keine Rückdatierung stattfinden könnte, ist unverständlich. Eine Begründung für seine Meinung bleibt der Autor schuldig.
3 Anerkenntnis, Seite 127.

überzeugend. Sicher wäre es normalerweise seltsam - wenn auch nicht abwegig, wie Lent meint -, daß zwei konstitutive Schuldanerkenntnisse nacheinander abgegeben werden. In dem hier geschilderten Fall, da das zweite Anerkenntnis im Prozeß abgegeben wird, ist jedoch zu berücksichtigen, daß offensichtlich die erste Handlung dieser Art unter den Parteien umstritten gewesen ist, denn anderenfalls hätte man keinen Rechtsstreit auszutragen brauchen. Der Beklagte kann beispielsweise behaupten, das Anerkenntnis sei eine Fälschung und stamme nicht von ihm, oder er kann sich darauf berufen, daß er im Zeitpunkt der Abgabe des Anerkenntnisses volltrunken gewesen und das Anerkenntnis deshalb nichtig sei (§ 1o5 Abs. 2 BGB). In allen diesen Fällen ist es durchaus nicht abwegig oder sinnlos, daß der Beklagte, der einerseits an seinem Vorbringen festhalten will (sich also nicht selbst früherer Unwahrheit bezichtigen möchte), andererseits aber keine Lust mehr hat, den Rechtsstreit weiterzuführen, nunmehr im Prozeß - aus seiner Sicht e r s t m a l i g - ein abstraktes Schuldanerkenntnis abgibt, dem keine Mängel bezüglich der Wirksamkeit anhaften. Er erklärt damit nichts weiter als dieses: Er habe zwar früher kein Anerkenntnis abgegeben, wolle den Streit aber nicht fortsetzen und gebe deshalb j e t z t ein Anerkenntnis ab. Gegen die Theorie der Doppelnatur spricht das also keineswegs.

Selbstverständlich kann sich die Erklärung des Beklagten auch auf das außerhalb des Prozesses vorgenommene Schuldanerkenntnis beziehen; er kann also die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen einräumen, beispielsweise zugeben, daß er so betrunken nun doch nicht gewesen sei oder daß das Anerkenntnis tatsächlich aus seiner Feder stamme. Aber dann liegt in der Regel ein

Geständnis vor, nicht ein Klaganerkenntnis[1]. Hierbei handelt es sich um eine Auslegungsfrage. Ein Argument gegen die Doppelnatur des Klaganerkenntnisses läßt sich also auch daraus nicht herleiten.

Auch wenn Lent[2] den Fall im Auge hat, daß der ursprüngliche Verpflichtungsgrund nicht ein - außerprozessuales - Schuldanerkenntnis war, sondern ein beliebiges anderes Rechtsgeschäft, das erst später - wiederum außerprozessual - durch ein Schuldanerkenntnis abgesichert worden ist, müssen seine Ausführungen widerlegt werden. Einzuräumen ist zwar, daß das gemeinsame Vorbringen der Parteien, sie hätten außerhalb des Prozesses einen Anerkenntnisvertrag abgeschlossen, kein Klaganerkenntnis, sondern ein Geständnis ist[3] - genauer: Eine Klageänderung verbunden mit einem Geständnis. Richtig ist auch, daß das daraufhin ergehende Urteil kein Anerkenntnisurteil nach § 3o7 ZPO ist. Unrichtig ist aber der daraus gezogene Schluß, folglich könne ein Klaganerkenntnis kein materielles Anerkenntnis enthalten, da es keinen Unterschied ausmachen könne, "ob eine Partei sich im Prozeß auf ein außerhalb des Verfahrens vorgenommenes Rechtsgeschäft beruft oder ob sie es erst im Prozeß vornimmt und zugleich geltend macht"[4]. Diese Meinung wird am Beispiel des Vergleichs eindeutig widerlegt.

---

1 Eine Ausnahme gilt nur in dem Fall, da der Kläger aus einem Schuldanerkenntnis klagt, der Beklagte zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben hat und deshalb gemäß § 93 ZPO anerkennt. Dann würden nach der hier vertretenen Auffassung zwei abstrakte Schuldanerkenntnisse nacheinander abgegeben werden. Jedoch spricht dieser Sonderfall nicht entscheidend gegen die Theorie von der Doppelnatur.

2 Anerkenntnis, Seite 126 f.

3 Vgl. Lent, a.a.O., Seite 126/27.

4 Lent, a.a.O., S. 126.

ee) Die Theorie der Doppelnatur führe zu einer Klageänderung

Als weiteren Punkt macht die herrschende Meinung geltend, daß nach der Theorie der Doppelnatur eine Klageänderung vorliege[1]. Urteile der Richter auf Grund der durch das materielle Rechtsgeschäft neu geschaffenen Lage, so ergehe die Entscheidung nicht mehr über die ursprüngliche Forderung, sondern über einen anderen Streitgegenstand (Verschiebungstheorie).

Die Beantwortung der Frage, ob tatsächlich eine Klageänderung vorliegt, hängt davon ab, wie man den Begriff des Streitgegenstandes bzw. des prozessualen Anspruchs versteht. Diese Frage kann noch keineswegs als geklärt betrachtet werden, so daß die Argumentation, die sich auf das Vorliegen einer Klageänderung beruft, von vornherein einen Unsicherheitsfaktor in die Erörterung einbringt.

Richtig ist, daß man eine Klageänderung - im Sinne einer Auswechselung des Streitgegenstandes - annehmen muß, wenn man Klaganerkenntnis und -verzicht eine Doppelnatur zuspricht und gleichzeitig der herrschenden Auffassung bezüglich der Abgrenzung des Streitgegenstandes folgt, wonach dieser bestimmt wird durch den Klageantrag und den Klagegrund, worunter nicht der materielle Anspruchsgrund, sondern ein zusammenhängender, in sich abgeschlossener Lebenssachverhalt verstanden wird[2]. Gleiches läßt sich für die Theorie des einheitlichen Verfügungsgegenstandes feststellen[3], die bei der Bestimmung des Streitgegenstandes die Verbindung zum materiellen Recht sucht.

---

1 So vor allem Lent, Anerkenntnis, Seite 128; Becker, Seite 31.
2 Vgl. Thomas-Putzo, Einl. II 7 c.
3 Vgl. Henckel, Parteilehre, siehe insbes. Seiten 267, 272.

Zu einem anderen Ergebnis müßte man jedoch gelangen, wenn man die Ansicht vertritt, daß der Streitgegenstand allein durch den Klageantrag bestimmt wird, wie es z.B. von Rosenberg und Schwab gelehrt wird[1]. Dann läge keine Klageänderung vor, wenn der Kläger den Betrag statt aus der ursprünglichen Forderung aus dem im Prozeß abgegebenen Anerkenntnis zugesprochen erhielte, denn der Klageantrag bliebe derselbe.

In diesem Zusammenhang muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß diese Theorie den nach der herrschenden Meinung bei der Bestimmung des Streitgegenstandes maßgebenden Begriff "Klagegrund" lediglich erweitert, nicht jedoch eliminiert. Bei mehreren gleichartigen Geldforderungen zum Beispiel reicht der Klageantrag zur Abgrenzung des Streitgegenstands nicht aus. Klagt der Gläubiger gegen den Schuldner 1oo,- DM aus einem Kaufvertrag ein, so ist der Kläger nicht gehindert, weitere 1oo,- DM aus einem zweiten Kaufvertrag gerichtlich geltend zu machen; die Rechtshängigkeit im ersten Prozeß oder die Rechtskraft des ersten Urteils können selbstverständlich nicht entgegenstehen, so daß auch die Auffassung, die lediglich auf den Klageantrag abstellen will, in vielen Fällen nicht ohne Berücksichtigung des Klagegrundes auskommt.

Aber auch in dem Fall, da zur Sicherung einer Forderung zusätzlich ein abstraktes Schuldanerkenntnis abgegeben wird, kann diese Auffassung nicht konsequent durchgeführt werden. Wenn der Gläubiger mit seiner Klage aus dem Schuldanerkenntnis abgewiesen ist, muß er gleichwohl die Möglichkeit haben, aus dem Grundgeschäft zu klagen. Das wird von Rosenberg-Schwab in Abweichung von der von ihnen aufgestellten Theorie aus-

---

1 Vgl. Rosenberg-Schwab, § 96 III 3 (Seite 459 f.), mit ausdrücklicher Erwähnung des Anerkenntnisses auf Seite 46o oben.

drücklich anerkannt[1].

Es soll deshalb mit der herrschenden Meinung davon ausgegangen werden, daß bei einem materiellrechtlichen Klaganerkenntnis eine Auswechselung des Streitgegenstandes vorliegt[2]. Bei denjenigen Autoren, die darin eine Klageänderung sehen, geht aus den Stellungnahmen nicht immer klar hervor, durch wen ihrer Meinung nach diese Klageänderung erfolgt. Sollte gemeint sein, daß sie schon durch das Anerkenntnis des Beklagten vorgenommen wird[3], so wäre das ein Widerspruch in sich. Der Beklagte kann natürlich keine Änderung der Klage vornehmen, denn das wäre einzig und allein Sache des Klägers. Der Beklagte unterbreitet dem Gericht nur einen neuen Sachverhalt, der dem Begehren des Klägers zum Siege verhilft. Selbst wenn man diesen Vorgang analog der Klageänderung behandeln wollte, ergäben sich keine Bedenken aus § 264 ZPO hinsichtlich der Zulässigkeit, denn diese Vorschrift will die andere Partei schützen; es sollen nicht ihre prozessuale Stellung verschlechtert und ihre Aussichten, den Rechtsstreit für sich zu entscheiden, vermindert werden[4]. Deutlicher kam das in der früher geltenden Fassung des § 264 ZPO zum Ausdruck, wonach das Gericht eine Klageänderung nur zulassen durfte, wenn "die Verteidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert" wurde. Die-

---

1 Siehe Rosenberg-Schwab, § 156 II 1 (Seite 812).

2 Eine eingehende Untersuchung des Streitgegenstandsbegriffs würde den Rahmen dieser Arbeit bei weitem sprengen.

3 Hiergegen läßt sich nicht der Einwand erheben, die Gegenpartei müsse erst einen entsprechenden Prozeßantrag stellen, anderenfalls entfalteten Klaganerkenntnis oder -verzicht keine Wirkung; das stimmt - wie noch zu zeigen sein wird - beim Klageverzicht überhaupt nicht und beim Anerkenntnis nur bedingt.

4 Dazu, daß das grundsätzliche Klageänderungsverbot zum Schutz des Beklagten besteht, vgl. Rimmelspacher, Anspruch, § 19 II (Seite 35o) sowie § 19 III (Seite 352 ff.); siehe auch Materialien, Seite 259.

ser Gesichtspunkt wird gegenstandslos in einem Fall, da das neue Vorbringen der Gegenseite gerade zum Siege verhilft. Es würde auch im umgekehrten Fall, nämlich dem des Klageverzichts, niemand auf den Gedanken kommen, eine unzulässige Klageänderung anzunehmen. Beide Male wird zwar die Urteilsgrundlage ausgewechselt; das muß jedoch deshalb als zulässig erachtet werden, weil es der Gegenseite nur nützlich ist[1].

Aber auch, wenn man die Klageänderung darin sieht, daß der Kläger nach Abgabe des Klaganerkenntnisses den Antrag auf Verurteilung des Beklagten gemäß dem materiellen Anerkenntnis stellt[2], ergeben sich keine Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer solchen Klageänderung. Da der Beklagte das Anerkenntnis abgegeben hat, wird man seine nach § 264 ZPO notwendige Einwilligung in die Klageänderung ohne weiteres voraussetzen dürfen[3].

Es bleibt dann nur noch das Bedenken, was geschehen soll, wenn vor oder nach Rechtskraft des Anerkenntnisurteils die alte Klageforderung nochmals anhängig gemacht wird. Lent[4] weist darauf hin, daß der erneuten Klage aus dem ursprünglichen Anspruch nicht die Einrede der Rechtshängigkeit oder der Rechtskraft entgegensteht, da es in dem Prozeß, in dem das Klaganerkenntnis abgegeben wird, von diesem Zeitpunkt ab um einen anderen Klagegrund geht als den, der vorher der Klage zugrunde lag und der nun in dem zweiten Prozeß erneut geltend gemacht wird. Dennoch zwingt das nicht dazu, die Klage für zulässig zu halten. Man kann durchaus

---

1 Dem Gegner fehlt daher - wie noch genauer zu zeigen sein wird - das Rechtsschutzbedürfnis, wenn er die ihm günstigen neu geschaffenen Tatsachen von der Urteilsgrundlage ausgeschlossen haben will.
2 So Lent, Anerkenntnis, Seite 128.
3 Das räumt Lent, a.a.O., Seite 128, ein.
4 A.a.O., Seite 129/3o.

für eine Unzulässigkeit wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses plädieren, wenn man dafür hält, daß der Kläger kein Interesse an der Erlangung von zwei identischen Vollstreckungstiteln hat[1]. Doch auch wenn man das nicht tut und den Kläger ein zweites Mal klagen läßt, obwohl das erste Urteil rechtskräftig geworden ist, kommt man in der Sache nicht zu einem unbilligen Ergebnis - selbst dann nicht, wenn der Kläger bereits befriedigt worden ist. Beide Ansprüche stehen nämlich in Anspruchskonkurrenz[2]. Ist der Kläger also schon befriedigt, so ist seine zweite Klage - wenn auch zulässig - so jedenfalls unbegründet, denn mit Erfüllung des einen Anspruchs erlischt auch der andere. Ist der Kläger hingegen noch nicht befriedigt worden, so ist zwar möglicherweise auch die zweite Klage begründet; jedoch nutzt dem Gläubiger die Erlangung eines zweiten Vollstreckungstitels insofern nichts, als er ohnehin nur einmal vollstrecken kann.

Im übrigen ist diese Problematik nicht eine Besonderheit, die sich nur bei dem als Doppelnatur verstandenen Klaganerkenntnis einstellt. Vielmehr ergibt sie sich immer dann, wenn zur Sicherung oder Klarstellung einer beliebigen Forderung vom Schuldner zusätzlich ein Schuldanerkenntnis gemäß § 781 BGB abgegeben wird. Aus der prozessualen Regelung der Klageänderung lassen sich also keine durchschlagenden Bedenken gegen die Auffassung von der Doppelnatur bei Klaganerkenntnis und -verzicht herleiten.

Für die Revisionsinstanz ergibt sich allerdings eine Konsequenz aus der Tatsache, daß nach der Auffassung von der Doppelnatur das Klaganerkenntnis materiellrechtlich wirkt und damit ein neuer Sachverhalt in das

1 So z.B. Hellwig, Lb., § 26 II 5 (Seite 175); v. Tuhr, § 16 II 2 (Seite 284).
2 Siehe dazu unter cc).

Verfahren eingeführt wird. Es folgt daraus, daß ein Klaganerkenntnis - ebenso wie ein Klageverzicht - in der Revision nicht mehr vorgenommen werden kann.

Dieser Feststellung kommt jedoch keine schwerwiegende Bedeutung zu. Wenn die Parteien ihren Rechtsstreit schon bis in die dritte Instanz vorangetrieben haben, dürften sie nur in Ausnahmefällen geneigt sein, am Ende noch ein Anerkenntnis abzugeben oder einen Verzicht zu erklären. In solchen Fällen, in denen die Parteien es doch tun möchten, erscheint es nicht unerträglich, wenn ihnen diese Möglichkeit nun versagt wird, da sie während der beiden Vorinstanzen genug Gelegenheit für einen solchen Schritt hatten. Hinzu kommt, daß sie dennoch nicht genötigt sind, den Rechtsstreit bis zum Erlaß eines Urteils durch das Revisionsgericht fortzuführen. Den Parteien bleibt es unbenommen, sich zu einigen. Tun sie das außergerichtlich, so können sie die Hauptsache für erledigt erklären oder die Revision zurücknehmen. Es steht ihnen aber auch die Möglichkeit offen, einen Prozeßvergleich abzuschließen. Zwar wirkt auch dieser materiellrechtlich. Dennoch ist es nur ein scheinbarer Widerspruch, wenn der Prozeßvergleich in der Revisionsinstanz zulässig ist, das Klaganerkenntnis hingegen nicht. Der entscheidende Unterschied besteht darin, daß bei Klaganerkenntnis und -verzicht ein Urteil ergeht. Da mit der Revision das Berufungsurteil lediglich in rechtlicher Hinsicht nachgeprüft werden soll, ist es selbstverständlich, daß von dem Sachverhalt ausgegangen werden muß, der dem Berufungsrichter unterbreitet worden ist; deshalb dürfen keine neuen Tatsachen geltend gemacht werden. Beim gerichtlichen Vergleich, der das Verfahren ohne Urteil beendet, kommt dieser Gesichtspunkt nicht zum Tragen. Ein Prozeßvergleich ist daher auch in der Revisionsinstanz zulässig.

ff) Nach der Doppelnatur müßte Annahme durch die Gegenpartei gefordert werden

Setzt man den Gedanken konsequent fort, daß nach der Theorie der Doppelnatur Klaganerkenntnis und -verzicht - auch - materielle Rechtsgeschäfte sind und daß das Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil auf Grund der durch sie geschaffenen materiellen Rechtslage ergeht, so darf man sich nicht mit der zuvor getroffenen Feststellung begnügen, daß die prozessuale Regelung der Klageänderung es dem Beklagten oder Kläger nicht verwehrt, einseitig das Anerkenntnis oder den Verzicht in den Prozeß einzuführen. Man hat vielmehr zu bedenken, daß das Schuldanerkenntnis nach § 781 BGB ein Vertrag ist und daß es sich bei dem Verzicht, soweit eine Forderung in Frage steht, um den Erlaßvertrag des § 397 BGB handelt. In beiden Fällen müßte also nach der Theorie der Doppelnatur die Annahme durch die andere Partei erforderlich sein, wenn eine materiellrechtliche Wirkung erzeugt werden soll.

Soweit die Gegenpartei den in §§ 3o6, 3o7 ZPO vorgesehenen Antrag stellt, ergeben sich keine Schwierigkeiten, denn dann ist in diesem Antrag konkludent auch die materielle Annahmeerklärung zu sehen. Die Frage ist aber, was geschehen soll, wenn im Fall des § 3o6 ZPO der Beklagte den Antrag stellt, den Kläger mit dem Anspruch abzuweisen, jedoch ausdrücklich verlangt, dieses nicht auf Grund des Klageverzichts zu tun, oder wenn im Fall des § 3o7 ZPO der Kläger beantragt, den Beklagten entsprechend dem erhobenen Anspruch, jedoch nicht aus dem Anerkenntnis zu verurteilen. Mit der Feststellung, daß die eine Partei im Wege des Anerkenntnisses oder Verzichts einen neuen Sachverhalt in den Prozeß hineintragen darf, ist noch

nicht die Antwort auf die weitere Frage präjudiziert, ob die Gegenpartei ein Urteil auf der Grundlage des neuen Sachverhalts gegen sich ergehen lassen muß.

Der BGH hat entschieden, daß in diesem Fall der Beklagte auf den Verurteilungsantrag des Klägers hin gleichwohl aus dem Anerkenntnis zu verurteilen sei[1]. Die Voraussetzung, daß der Beklagte nur "auf Antrag" dem Anerkenntnis gemäß zu verurteilen ist, überspielt der BGH mit folgender Interpretation. Der Antrag aus § 3o7 ZPO sei kein Antrag, der sich auf einen durch das Anerkenntnis neu entstandenen Anspruch beziehe, er erhalte keinen besonderen Inhalt dadurch, daß er nach dem Anerkenntnis gestellt werde. Es sei vielmehr der noch einmal wiederholte ursprüngliche Klageantrag. Die Notwendigkeit der Wiederholung ergebe sich daraus, daß der Kläger nach dem Anerkenntnis an einem Urteil möglicherweise kein Interesse mehr habe. Aus dem Wortlaut des § 3o7 ZPO sei nicht zu entnehmen, daß der Kläger die Wahl habe zwischen einem Urteil dem Anerkenntnis gemäß und einem Urteil, welches ungeachtet des Anerkenntnisses über die rechtliche Begründetheit des Klageanspruchs entscheidet[2]. Dem Kläger fehle nach Abgabe eines Klaganerkenntnisses das Rechtsschutzbedürfnis für ein streitiges Urteil[3].

Diese Meinung des BGH zum Klaganerkenntnis[4] läßt sich mit der Theorie der Doppelnatur nicht vereinbaren. Nach unserer Auffassung erginge damit gegen den Willen des Klägers eine Entscheidung über einen anderen als den von ihm festgelegten Streitgegenstand. Wenngleich - worauf oben schon hingewiesen ist - dieses für ihn nicht nachteilig wäre und obwohl darin keine

1 BGHZ 1o, 333.
2 BGHZ 1o, 333, 335 f.
3 BGHZ 1o, 333, 336.
4 Zustimmend Blomeyer, Lb., § 62 II 2 a (Seite 299).

unzulässige Klageänderung gesehen werden könnte, kann dieses nicht für zulässig gehalten werden. (Wohlgemerkt bleibt das Recht des anerkennenden Beklagten, den neuen Streitgegenstand in den Prozeß einzuführen, von dieser Feststellung unberührt.) Hinzu kommt, daß der Kläger damit etwas zugesprochen erhielte auf Grund eines Anerkenntnisses, das infolge fehlender Annahme durch den Kläger gar nicht wirksam zustande gekommen wäre.

Andererseits darf dem Kläger, wenn er den neu eingeführten Streitgegenstand als Urteilsgrundlage ablehnt, nicht die Möglichkeit zugestanden werden, eine Entscheidung auf Grund des ursprünglich erhobenen Anspruchs zu verlangen. Insoweit ist dem BGH beizupflichten, wenn er ausführt, daß dem Kläger hierfür das Rechtsschutzbedürfnis fehle[1]. Daraus darf aber nicht der Schluß gezogen werden, der Beklagte sei dann eben doch aus dem Anerkenntnis zu verurteilen. Nach richtiger Auffassung muß die Klage wegen nunmehr fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abgewiesen werden, wenn der Kläger es ablehnt, über sein Begehren auf Grund des Anerkenntnisses entscheiden zu lassen[2]. Das mag auf den ersten Blick seltsam erscheinen, weil somit die Anerkenntniserklärung des Beklagten gegen den Kläger eine - wenn auch indirekte - Wirkung entfaltet, obwohl mangels Annahme durch den Kläger kein Anerkenntnisvertrag zustande gekommen ist. Bei näherem Hinsehen zeigt sich aber, daß diese Wirkung im Prozeß genau der Rechtslage entspricht, wie sie regelmäßig bei einem nicht angenommenen - außerprozessualen - Schuldanerkenntnis besteht.

---

1 Vgl. BGHZ 1o, 333, 336 f.
2 Bötticher, JZ 1954, 243, 244 hält in diesem Fall ein Versäumnisurteil gegen den Kläger für möglich; ebenso Knöpfel, ZZP 68, 458, mit weiteren Nachweisen.

Nehmen wir den Fall, daß sich G und S über die Verpflichtung des S streiten, dem G 200,-- DM zu zahlen. Noch bevor es zu einem Prozeß kommt, wird S der Querelen überdrüssig und erklärt, es bestehe für ihn zwar keinerlei Verpflichtung, jedoch wolle er um des lieben Friedens willen nunmehr anerkennen, dem G 200,- DM zu schulden. G erklärt daraufhin, auf ein solches Schuldanerkenntnis lasse er sich nicht ein; er wolle sich von S nichts schenken lassen, sondern fordere nur sein Recht.

Dennoch kann G seinen Standpunkt gegenüber S, der nunmehr zahlungswillig ist, nicht rechtlich durchsetzen. Erhöbe G Klage mit dem Antrag, festzustellen, daß S die Zahlung der 200,-- DM nicht aus einem Anerkenntnis schulde, sondern aus - beispielsweise - ungerechtfertigter Bereicherung, so würde eine solche Klage in aller Regel wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses durch Prozeßurteil abgewiesen, unabhängig davon, ob S schon gezahlt hat oder nicht.

Aus dem gleichen Grunde wären im Falle einer Leistungsklage dem G gemäß § 93 ZPO die Kosten aufzuerlegen, falls S ein sofortiges Anerkenntnis abgäbe und die Zahlung vor Klageerhebung nur deshalb unterblieben war, weil G sich geweigert hatte, das Geld unter dem Gesichtspunkt des Anerkenntnisses anzunehmen. S kann dem G also die Zahlung unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt aufdrängen.[1]

---

1 Ob G dann, wenn S trotz des Anerkenntnisses nicht zahlt, mit einer Leistungsklage erreichen kann, daß S unter Nichtberücksichtigung des Anerkenntnisses zur Zahlung verurteilt wird, hängt - wenn man eine Ausschaltungsbefugnis verneint (vgl. unter C II 2 d) dd) - davon ab, wie man den Begriff des "prozessualen Anspruchs" bestimmt.

Ähnliches gilt für den umgekehrten Fall, daß G dem S erklärt, er sei die Auseinandersetzungen leid und wolle auf die ihm eigentlich zustehenden 200,-- DM verzichten. Wenn S nun Klage erhebt mit dem Antrag, festzustellen, daß seine fehlende Verpflichtung nicht auf dem Verzicht beruhe, sondern darauf, daß dem G von vornherein kein Anspruch zugestanden habe, so fehlt auch dafür das Rechtsschutzbedürfnis.

Daran zeigt sich folgendes. Zwar ist der Gedanke, niemand solle gezwungen sein, sich etwas schenken zu lassen, offenbar entscheidend dafür gewesen, das Schuldanerkenntnis und den Verzicht auf Forderungen im BGB nicht als einseitige Erklärung, sondern als Verträge auszugestalten; jedoch wird dieser Gedanke im Prozeßrecht nicht so weitgehend berücksichtigt[1], sondern vom Grundsatz des erforderlichen Rechtsschutzbedürfnisses überlagert.

Daraus erklärt sich die Wirkung schon des "einseitigen", d.h. des nicht angenommenen Klaganerkenntnisses bzw. Klageverzichts. Wenn in den oben gebildeten Beispielsfällen die Feststellungsklagen wegen von vornherein fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses abgewiesen werden, so muß im Fall des auch materiell wirkenden Klaganerkenntnisses vom Zeitpunkt der Abgabe an die Klage als unzulässig angesehen werden, wenn der Kläger darauf besteht, seinen Anspruch nur unter anderen rechtlichen

---

1 Allerdings muß in dem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, daß dieser Gedanke auch im BGB keineswegs immer beachtet worden ist; so kann dem Schuldner durch Schuldübernahme (§ 414 BGB) oder durch Leistung eines Dritten (§ 267 BGB) Befreiung von der Schuld aufgezwungen werden.

Gesichtspunkten als dem des Anerkenntnisses zugesprochen zu erhalten[1].

Entsprechend gilt für den Klageverzicht[2], jedoch mit der Maßgabe, daß das Begehren des Beklagten, der die Klage unter Außerachtlassung des Verzichts abgewiesen haben möchte, unzulässig und daher unbeachtlich ist, so daß - wie § 306 ZPO es ausdrückt - der Kläger tatsächlich "auf Grund des Verzichts mit dem Anspruch abzuweisen ist"[3], obwohl ein wirksamer Verzicht (d.h. ein Erlaßvertrag) nicht zustande gekommen ist[4]. Daß hier das fehlende Rechtschutzbe-

---

1 Die Frage Süß', wieso dem Kläger im Prozeß nach Belieben des Gegners ein neuer materieller Anspruchsgrund aufgedrängt werden könne und wie diese absorbierende anstatt der üblichen akzedierenden Wirkung des Anerkenntnisses zu erklären sein soll (Süß, Seite 41), ist also dahingehend zu beantworten, daß diese Wirkung auf den Grundsätzen der Prozeßökonomie und des Rechtsschutzbedürfnisses beruht.
Das gleiche ist Degenkolb entgegenzuhalten, wenn er darauf hinweist (Degenkolb, Anerkenntnisurteil, Seite 20), daß es keine anderen Fälle gebe, in denen dem Kläger durch eine Handlung des Beklagten eine Klageänderung aufgenötigt werden könne. Ein Mißverständis liegt bei Degenkolb vor, wenn er meint (Anerkenntnisurteil, Seite 19), daß der ursprüngliche Anspruch des Berechtigten (Klägers) untergehe und eine materiellrechtliche Umgestaltung der klägerischen Rechtslage bewirkt werde; richtig ist, daß sich lediglich die p r o z e s s u a l e Rechtslage ändert.

2 Vgl. hierzu BGHZ 49, 213.

3 Insofern trifft die vom BGH vertretene Meinung für den Klage v e r z i c h t zu; der Entscheidung BGHZ 49, 213, 216 f. ist beizupflichten.

4 Vgl. Bötticher, JZ 1968, 799.

dürfnis dem Beklagten nicht weiter schadet - im umgekehrten Fall beim Klaganerkenntnis verliert der Kläger den Prozeß - liegt daran, daß mit einem Urteil letztlich nicht über die Anträge des Beklagten, sondern über die des Klägers entschieden wird[1]. Hierin liegt der Grund für die insofern unterschiedliche Behandlung von Anerkenntnis und Verzicht[2]. In beiden Fällen soll jedoch kein gerichtliches Verfahren mehr stattfinden, wenn einer der beiden Kontrahenten unter dem Aspekt des Rechtsschutzbedürfnisses keinen hinreichenden Grund (mehr) dafür liefert, wie sich an den Beispielen des einseitig erklärten außerprozessualen Anerkenntnisses oder Verzichts gezeigt hat.

Es ist hier nicht der Ort, die bürgerlichrechtliche Ausgestaltung von Anerkenntnis und Verzicht als zweiseitige Rechtsgeschäfte auf ihre Zweckmäßigkeit hin zu untersuchen[3]. Es genügt, aufzuzeigen, daß der materiellrechtlichen Möglichkeit, einen angebotenen Verzicht oder ein angebotenes Anerkenntnis durch Nichtannahme zu verhindern, im prozessualen Bereich nicht in gleichem Maße Rechnung getragen wird. Richtig ist daher, daß der Klageverzicht (und in schwächerer Form auch das Klaganerkenntnis) allein durch seinen Ausspruch eine für die Gegenpartei nicht mehr zu umgehende Wirkung entfaltet.Deshalb kann man mit einigen Bedenken noch der - allerdings mißverständlichen - Formulierung zustimmen, daß "der Verzicht in der CPO ...

---

1 Vgl. hierzu auch BGH NJW 1955, 545, 546.
2 Auch Bötticher, JZ 1968, 799, räumt ein, daß insoweit Anerkenntnis und Verzicht nicht gleichbehandelt werden können.
3 Zur Kritik vgl. Heck, Schuldrecht, § 41 (S. 122).

bindend durch sein Aussprechen (werde), ohne daß eine Acceptation eingetreten (sei)"[1]. Falsch ist es jedoch, mit der heute herrschenden Lehre daraus zu schließen, Klaganerkenntnis und -verzicht seien einseitige Erklärungen und könnten deshalb keine Doppelnatur haben[2].

Beim Klaganerkenntnis ist - wie gezeigt - die Stellungnahme des Klägers durchaus von Bedeutung für die weitere Behandlung des Falles durch den Richter. Daß im übrigen sowohl beim Klageverzicht als auch beim Klaganerkenntnis schon die einseitige Erklärung für den Gegner gewisse Folgen hat, beruht darauf, daß die prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten hinter den materiellen Rechten des Erklärungsgegners zurückbleiben, weil das Rechtsschutzbedürfnis als prozessuale Voraussetzung gegenüber der materiellrechtlichen Konstruktion dominiert. Es wurde aber gezeigt, daß diese mangelnde Übereinstimmung generell besteht, also auch bei einem außerhalb des Prozesses vorgenommenen - oder genauer: angebotenen - Anerkenntnis bzw. Verzicht. Wenn sie sich naturgemäß auch bei Klaganerkenntnis und Klageverzicht zeigt, so spricht das nicht gegen die Doppelnatur dieser Parteihandlungen.

Im übrigen hat die Frage, was geschehen soll, wenn der Gegner im Prozeß sich den Verzicht oder das Anerkenntnis der anderen Seite nicht zu eigen macht, kaum praktische Bedeutung. Böttticher[3] weist zu Recht darauf hin, daß der BGH bei dem zitierten Urteil[4] vor einer "durchaus atypischen Prozeßsituation" stand. Kommen konnte es zu dieser Situation wohl nur auf Grund der Haltung

---

1 Wach, AcP 64, 244; ähnlich auch Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 3o6 Anm. I 2.
2 Vgl. B-L, Einführung zu §§ 3o6 ff., Anm. 2 A; Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 3o7, Anm. II 4; Rosenberg-Schwab, § 134 IV 7 c (Seite 693) sowie § 134 V 2 e (Seite 696).
3 JZ 1954, 243.
4 BGHZ 1o, 333.

des Gerichts. Setzte sich die hier vertretene Auffassung durch und wäre sich das Gericht von vornherein in dieser Weise über die Rechtslage im klaren, müßte es im Sinne des § 139 ZPO, der Überraschungsurteile verhindern soll, den Kläger darauf aufmerksam machen, daß er mit der Klage abzuweisen sei, falls er es unterlasse, den Antrag auf Erlaß eines Anerkenntnisurteils zu stellen. Vor diese Alternative gestellt, würde wohl jeder Kläger es vorziehen, ein Urteil gemäß § 3o7 ZPO zu beantragen.

gg) Anerkenntnis und Verzicht könnten sich auch auf absolute Rechte und auf Feststellung von Tatsachen beziehen

Ein scheinbar schwerwiegendes Argument gegen die Theorie der Doppelnatur ist der Hinweis darauf, daß Gegenstand des Anerkenntnisses nicht immer Forderungen seien[1]. Ohne Frage kann sich das Anerkenntnis auch auf die Unechtheit einer Urkunde[2], auf die Erbenstellung des Prozeßgegners[3] oder auf das Eigentum an einer bestimmten Sache[4] beziehen. Gleiches gilt für den prozessualen Verzicht.

Hier sieht man sich vor die Frage gestellt, ob nicht damit die Theorie der Doppelnatur schlüssig widerlegt ist. Wir hatten gesagt, daß Urteilsinhalt und die vom Gericht festgestellte materielle Rechtslage auch beim Anerkenntnis- und Verzichtsurteil notwendig übereinstimmen (und dieses gerade als den Vorzug dieser Auffassung herausgestellt), weil die Parteien im Wege des materiellen Rechtsgeschäftes die entsprechende Rechts-

1 Ausführlich dazu Hegler, Seite 54 ff.
2 Beispiel von Süß, Seite 42 Fußnote 48.
3 Beispiel von Nikisch, § 66 I 2 (Seite 257/58).
4 Lent, Anerkenntnis, Seite 136 ff.

lage schaffen. Handelt es sich in dem Rechtsstreit um eine Forderung, leuchtet das ohne weiteres ein. Bei den soeben angeführten Beispielen scheint das aber nicht zu passen. So ist die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde eine ihr anhaftende Eigenschaft, die nicht durch Rechtsgeschäft geschaffen oder beseitigt werden kann. Wer die Stellung eines Erben hat, bestimmt sich nach dem Gesetz; die Parteien haben nicht die Rechtsmacht, durch Rechtsgeschäft entgegen den gesetzlichen Vorschriften den Kläger oder den Beklagten zum Erben zu machen. Schließlich kann auch das Eigentum an einer Sache nicht in jedem Fall durch bloßes Rechtsgeschäft übertragen werden, und ebensowenig kann eine der beiden Parteien durch Rechtsgeschäft entgegen der diesbezüglichen gesetzlichen Regelung die Eigentümerstellung hinsichtlich einer Sache erlangen, die in Wirklichkeit einem Dritten gehört. Wenn dennoch der Richter das Eigentum der Partei, ihre Rechtsposition als Erbe oder die Unechtheit einer bestimmten Urkunde feststellt, so scheint sich das auf den ersten Blick nicht zusammenzufügen. Entweder wird hier vom Gesetz doch die Möglichkeit in Kauf genommen, daß materielle Rechtslage und Urteilsinhalt auseinanderfallen (damit wäre in der Tat das Hauptargument zugunsten der Doppelnatur zumindest teilweise[1] widerlegt), oder aber - und diese Möglichkeit wird von den Autoren, die die angeführten Beispiele gegen die Auffassung von der Doppelnatur ins Feld führen, offenbar nicht gesehen - der

1 Man könnte sich auf die These zurückziehen, Klaganerkenntnis und -verzicht hätten jedenfalls d a n n eine Doppelnatur, wenn die Parteien den Erfolg auf rechtsgeschäftlichem Wege herbeiführen können (vgl. Larenz, Methodenlehre, Seite 44o, zur Frage des offenen Typus); die Theorie der Doppelnatur als solche wäre also noch nicht widerlegt (vgl. dazu Diederichsen, in Festschrift für Larenz, Seite 173 f.).

Urteilsspruch hat inhaltlich eine andere Bedeutung, als es zunächst scheint.

Deshalb ist zu überlegen, was es bedeutet, wenn in einem Fall, da sich A und B um das Eigentum an einer Sache streiten, das Gericht durch Urteil die Feststellung trifft, A sei Eigentümer der Sache. Bedeutet dieses, daß fortan dem A das Eigentum zusteht mit der Folge, daß ein Dritter, der bisher der wahre Eigentümer war, durch dieses Urteil sein Eigentum an A verliert? Wohl kaum![1] Oder bedeutet es in dem Fall, da B der wirkliche Eigentümer der Sache ist, daß durch Gerichtsentscheid das Eigentum von B auf A übergeht, mit der Folge, daß D, dem noch ein Verwendungsersatzanspruch gegen den Eigentümer zusteht, sich nunmehr zwangsläufig an den mittellosen A halten muß anstatt den reichen B in Anspruch nehmen zu können? Auch das ist nicht der Fall. D kann seinen Anspruch sehr wohl gegen B einklagen und dabei die Frage des Eigentums erneut klären lassen; das zwischen A und B ergangene Urteil hindert das Gericht nicht, in dem Rechtsstreit zwischen D und B zu entscheiden, daß B Eigentümer der Sache sei.

Wir sehen also, daß das charakteristische Merkmal eines dinglichen Rechts, nämlich die absolute Rechtsstellung, d.h. die Wirkung gegen jedermann, hier gar nicht vorhanden ist. Auf Grund der beschränkten Rechtskraftwirkung - ein Urteil wirkt Rechtskraft nur zwischen den am Rechtsstreit beteiligten Parteien - ist die Frage des Eigentums nur zwischen A und B bindend festgestellt; gegenüber Dritten hat das Urteil keinerlei rechtsverbindliche Wirkung. Demzufolge kann es sich bei einem Urteil - auch bei einem Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil - nicht um einen Eigentumsüber-

1 Dieser Einwand Lents - vgl. Anerkenntnis, S. 136/37 - geht also fehl.

gang bzw. eine Eigentumsübertragung handeln[1]. Läge eine solche vor, müßten auch Dritte sie gegen sich gelten lassen, und jedes Gericht hätte sie bei späteren Rechtsstreitigkeiten - auch solchen zwischen anderen Parteien - zu beachten[2].

Entsprechend dieser beschränkten Urteilsrechtskraft ist auch der Wille der Parteien weniger weitgehend, als es ihre Anträge vermuten lassen. Klagt A auf Feststellung, daß er Eigentümer einer Sache sei, so geht es ihm nur darum, daß der Beklagte B ihm dieses Eigentum nicht länger streitig macht. Eine Sicherung gegenüber anderen Personen, die ebenfalls das Eigentum für sich in Anspruch nehmen, kann und will A dadurch nicht erhalten. Damit deckt sich die Willensrichtung des im Prozeß anerkennenden B. Dieser will durch sein Anerkenntnis zwar auf alle Ansprüche verzichten, die sich für ihn aus dem ihm möglicherweise zustehenden Eigentum gegen A ergeben; B will den A jedoch nicht von Eigentumsansprüchen dritter Personen freistellen.

---

1 Insoweit ist Lent - Anerkenntnis, S. 137 - beizupflichten; nur trifft das nicht lediglich auf Anerkenntnis- und Verzichtsurteile zu. Vielmehr läßt sich diese Feststellung für j e d e s Urteil treffen.

2 Handelt es sich jedoch um schuldrechtliche Beziehungen, so ergibt sich aus der Theorie der Doppelnatur, daß ein wirksamer Klageverzicht oder ein wirksames Klaganerkenntnis auch in späteren Prozessen zu beachten sind. Das beruht jedoch nicht auf einer Durchbrechung der beschränkten Rechtskraftwirkung des Anerkenntnis- oder Verzichtsurteils, sondern auf der materiellrechtlichen Wirkung der Parteihandlungen. Von einer "verschiedenen Behandlung der Anerkenntnisurteile und der übrigen Urteile" (so Neuner, § 16, Seite 136) kann also nicht gesprochen werden, und auch vom Ergebnis her stehen keine Bedenken entgegen, wenn man sich klarmacht, daß die Parteien durch Abschluß eines entsprechenden Prozeßvergleichs dieselbe "allgemeinverbindliche" Rechtswirkung erreichen könnten.

Es zeigt sich also, daß auch dann, wenn es in einem Prozeß um ein dingliches Recht - wie z.B. das Eigentum - geht, nicht die damit verbundene absolute Rechtsstellung in Frage steht. Vielmehr handelt es sich nur um die Rechtsbeziehungen zwischen Kläger und Beklagtem, also um die ihnen gegenseitig zustehenden Ansprüche[1]. Wenn der Beklagte das Eigentum des Klägers anerkennt, so läuft das im Grunde darauf hinaus, daß der Beklagte dadurch verpflichtet wird, sich dem Kläger gegenüber so zu verhalten, als ob er, der Kläger, Eigentümer wäre. An den wahren Eigentumsverhältnissen ändert sich auch durch das Anerkenntnisurteil nichts[2].

Es soll und braucht hier nicht behauptet zu werden, daß die Parteien bei einer Feststellungsklage betreffend ein dingliches Recht immer nur über schuldrechtliche Beziehungen streiten wollen. Im Einzelfall mag ihnen durchaus etwas anderes vorschweben. Für unsere Zwecke genügt es, aufzuzeigen, daß wegen der begrenzten Rechtskraftwirkung das Feststellungsurteil über das Recht selbst nicht anders wirkt als ein Feststellungsurteil über schuldrechtliche Verpflichtungen der Parteien, daß also zwischen beidem im Grunde kein Unterschied besteht. Hat man dieses erkannt, so steht grundsätzlich nichts mehr im Wege, auch bei Feststellungsklagen jeglicher Art dem Klageverzicht und dem Klaganerkenntnis eine Doppelnatur zuzusprechen, der-

---

1 Auch wenn mit der Klage die Feststellung der rechtlichen Natur eines zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses begehrt wird, dreht es sich letztlich um die sich daraus ergebenden Ansprüche, wie der Fall RGZ 144, 54 anschaulich zeigt; insbes. Seiten 55 und 57.

2 Insofern ist festzustellen, daß sich die Wirkungen des prozessualen Anerkenntnisses nicht immer mit dem Urteils t e n o r decken, wohl aber mit dem Urteils i n h a l t (a.A. Neuner, § 16, Seite 135/36), der sich aus dem Urteilstenor unter Berücksichtigung der beschränkten Rechtskraftwirkung ergibt.

gestalt, daß durch die Parteihandlung die dem Anerkenntnis- bzw. Verzichtsurteil entsprechende - schuldrechtliche - Rechtslage geschaffen wird.

Damit ist gleichzeitig das Bedenken ausgeräumt, welches sich daraus ergeben könnte, daß das in § 781 BGB geregelte Schuldanerkenntnis sich nur auf Schuldverhältnisse bezieht. Man braucht sich nicht notwendig zu der Meinung zu bekennen, daß trotz des Wortlautes des § 781 BGB und trotz der Stellung dieser Vorschrift im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich das Anerkenntnis im Grundsatz auf alle Rechtsverhältnisse - auch auf andere als schuldrechtliche - beziehen kann[1]. Auch wenn man dieses ablehnt, jedoch die Umdeutung in eine Verpflichtung zur Verschaffung des Rechts oder zur Behandlung des Vertragspartners, als ob er Inhaber des Rechts wäre, für möglich hält[2], reicht das wegen der Beschränkung des Urteilsspruchs auf die Beziehungen zwischen den Prozeßparteien aus, ein entsprechendes Feststellungsurteil über ein dingliches Recht zu erlassen. Hierdurch wird die Doppelnatur des Klaganerkenntnisses also nicht in Frage gestellt.

Gleiches gilt für die anderen genannten Beispielsfälle. Streiten sich A und B um das Erbrecht und erkennt B im Prozeß den A als Alleinerben an, so spricht das Urteil lediglich aus, daß im Verhältnis A - B der A als Erbe anzusehen sei. Ein solches Feststellungsurteil wirkt nicht gegenüber den Nachlaßgläubigern und -schuldnern[3]. Auch ist nicht ausgeschlossen, daß in Wirklichkeit der X wahrer Erbe ist und dieses sein Recht auch gerichtlich durchsetzt[4]. B will zwar auf

---

1 So z.B. Staudinger-Müller, § 781 Rdnr. 13.
2 So z.B. Soergel-Lippisch, §§ 78o-781, Rdnr. 2.
3 Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 325 Anm. VI 3 d.
4 Das muß der Argumentation von Nikisch, § 66 I 2 (Seite 257/58), entgegengehalten werden.

sämtliche Rechte aus der ihm möglicherweise zustehenden Erbschaft gegenüber A verzichten; er will jedoch nicht dem A garantieren, daß niemand anderes auftritt, der die Erbschaft seinerseits in Anspruch nimmt.

Erkennt der Beklagte durch Klaganerkenntnis die Unechtheit einer Urkunde an, so bedeutet das nichts weiter als dieses, daß der Beklagte darauf verzichtet, irgendwelche Rechte geltend zu machen, die sich aus der Urkunde für ihn ergeben. Die etwa bestehende Echtheit der Urkunde können und wollen die Parteien nicht ändern; für ihre Zwecke genügt es, wenn zwischen ihnen die Urkunde so zu behandeln ist, als wäre sie unecht.

Jeweils entsprechend ist die Situation beim Klageverzicht. Hat beispielsweise A gegen B Klage auf Feststellung der Unechtheit einer Urkunde erhoben und später Klageverzicht erklärt, so gibt er damit nur zu erkennen, daß er im Verhältnis zu B auf jegliche Einwendungen verzichten will, die sich aus der Unechtheit der Urkunde ergeben könnten. Die Eigenschaft "echt" oder "unecht" der Urkunde bleibt davon unberührt.

Etwas anders stellt sich die Situation bei Gestaltungsklagen dar, sofern das Gestaltungsurteil inter omnes wirkt[1]. Bei einem Teil dieser Fälle ist das Klaganerkenntnis durch besondere gesetzliche Regelung ausgeschlossen (wie beispielsweise durch § 617 ZPO für Ehesachen). Zum Teil entfällt auch die bindende Wirkung

1 Generell für eine allgemein verbindliche Wirkung von Gestaltungsurteilen: St-J-Sch-P, § 325 Anm. VI 3; in der neuesten Auflage findet sich diese Behauptung jedoch nicht mehr, vgl. Stein-Jonas-Schumann/Leipold, § 325 Anm. VI 3. Zur Frage, wann Gestaltungswirkung inter omnes und wann lediglich inter partes eintritt, vgl. Blomeyer, Lb., § 94 II, III (Seite 497 ff.) mit weiteren Nachweisen.

des Verzichts (analog § 635 ZPO)[1]. Wo das nicht der Fall ist, das Gestaltungsurteil aber trotzdem gegenüber jedermann eine verbindliche Wirkung entfaltet - wie beispielsweise ein Urteil, das den Erben für erbunwürdig erklärt - kann nach der hier vertretenen Auffassung die Möglichkeit eines Klaganerkenntnisses oder -verzichts nur insoweit bejaht werden, als die Partei ein entsprechendes außerprozessuales Rechtsgeschäft wirksam vornehmen könnte.

Ist also die dem Erben in § 1944 BGB gesetzte Ausschlagungsfrist verstrichen, so daß der Erbe nicht mehr ausschlagen kann, so ist auch ein Klaganerkenntnis auf eine gegen ihn wegen Erbunwürdigkeit erhobene Anfechtungsklage unwirksam. Da es bei einer solchen Anfechtungsklage nicht eigentlich darum geht, die Erbunwürdigkeit des zunächst als Erben Berufenen festzustellen, sondern vielmehr darum, ihm die Erbschaft abzuerkennen (es liegt ja keine Feststellungs-, sondern eine Gestaltungsklage vor), ist das Anerkenntnis der Erbunwürdigkeit nichts weiter als der Verzicht auf die Erbschaft. Da ein Verzicht - nämlich die Ausschlagung - materiell nicht mehr möglich ist, bewirkt dieses materiellrechtliche Hindernis auf Grund der Doppelnatur auch die Unwirksamkeit des Klaganerkenntnisses[2].

---

1 Vgl. Wieczorek, § 635 Anm. A IV; Blomeyer, Lb., § 12o VI 1 b (Seite 679); Henckel, Prozeßrecht, Seite 134.

2 Es wird sogar die Meinung vertreten, daß in diesem Fall die Verhandlungsmaxime ausgeschlossen sein müsse (vgl. Blomeyer, Lb., § 94 III; Seite 5o2/o3). Ob man sich dazu bekennt, um den Parteien auch die Möglichkeit zu nehmen, durch einen manipulierten Vortrag letztlich doch zu dem gewünschten Ergebnis zu kommen, oder ob man sich dafür entscheidet, dem eventuell Geschädigten (Nachlaßgläubiger) im Einzelfall mit § 826 BGB zu helfen (so Bötticher, Bindung, Seite 516; Henckel, Prozeßrecht, Seite 136), ist eine Frage, die hier nicht entschieden zu werden braucht.

Ein weiteres Beispiel für den Zusammenhang zwischen der Zulässigkeit von Klaganerkenntnis und -verzicht einerseits und den materiellrechtlichen Befugnissen der Partei andererseits findet man in der Literatur im Zusammenhang mit § 18 EheG. Der Klageverzicht des geschäftsfähigen Ehegatten, der auf Nichtigerklärung der Ehe klagt, weil er bei der Eheschließung geschäftsunfähig war, ist wirksam, weil der Ehegatte die Ehe gemäß § 18 Abs. 2 EheG materiellrechtlich bestätigen kann[1].

Somit bewährt sich die Theorie der Doppelnatur auch bei Gestaltungsurteilen. Auch hier sind Klaganerkenntnis und -verzicht nur insoweit wirksam, als die Parteien das gleiche Ergebnis auch durch rein materielle Willenserklärungen erreichen könnten.

Nikisch versucht, die Theorie der Doppelnatur anhand eines Beispiels aus dem Ehescheidungsrecht zu widerlegen[2]. A, der gegen die B auf Scheidung wegen Ehebruchs klagt, verzichtet im Laufe des Prozesses auf den Anspruch, worauf die Klage als unbegründet abgewiesen wird. Nikisch meint nun, ein materieller Verzicht auf das Scheidungsrecht sei dem geltenden Recht unbekannt, so daß der Klageverzicht hier keine Doppelnatur haben könne.

Falls Nikisch damit sagen will, daß ein a priori vorgenommener Verzicht - auf das Scheidungsrecht schlechthin - nicht möglich sei, ist dem beizupflichten[3]; die Ehepartner können nicht wirksam ihre Ehe zu einer rechtlich unauflösbaren machen. Darum geht es jedoch bei einem Klageverzicht in einem Scheidungsrechtsstreit gar nicht. Der klagende Ehemann, der im Prozeß ver-

1 Henckel, Prozeßrecht, Seite 134/35; Blomeyer, Lb., § 62 III 1 (Seite 3oo).
2 Siehe Nikisch, § 66 I 2 (Seite 258).
3 Vgl. dazu auch Machleid, AcP 151, 223 ff.

zichtet, weil er sich überzeugt hat, daß der von ihm vermutete Ehebruch seiner Frau in Wirklichkeit nicht stattgefunden hat, begibt sich damit keinesfalls des Rechts, erneut wegen Ehebruchs auf Scheidung zu klagen, wenn seine Frau zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich die Ehe bricht (§ 616 ZPO). Die Urteilsrechtskraft bezieht sich also nur auf das Scheidungsrecht aus einem bestimmten Vorfall - mag er in Wirklichkeit stattgefunden haben oder nicht. Insoweit hat der Kläger aber durchaus die Rechtsmacht, auf sein Scheidungsrecht materiell zu verzichten[1].

Selbst wenn man die Meinung vertritt, daß im Scheidungsrecht neben dem Rechtsinstitut der Verzeihung (§ 49 EheG) kein Raum für einen "Verzicht" mehr ist, kann das im Ergebnis nichts ändern. Man muß dann nämlich - ungeachtet theoretisch bestehender Unterschiede[2] - die Verzeihung als einen Willensvorgang ansehen, der das Element des Verzichts mit enthält[3]. Mag auch für die Verzeihung nicht in jedem Fall ein dahingehender innerer Wille des Verzeihenden notwendig sein[4] - wenngleich es sonderbar anmutet, daß man verzeihen kann, ohne verzeihen zu wollen - so schließt das doch andererseits nicht aus, daß der Scheidungsberechtigte bewußt verzeiht, d.h. bewußt auf sein konkretes Scheidungsrecht verzichtet[5]. Entgegen Nikisch muß also festgestellt werden, daß hier die Möglichkeit eines materiellen Verzichts durchaus besteht, die Auffassung von

---

1 Vgl. Machleid, AcP 151, 2o9, 225 f.
2 Machleid, AcP 151, 212.
3 Vgl. RGZ 165, 1o9, 112; Palandt-Lauterbach, § 49 EheG, Anm. 3.
4 Vgl. Erman-Ronke, § 49 EheG, Rdnr. 6; Palandt-Lauterbach, § 49 EheG, Anm. 3.
5 Das aber verwischt die Unterschiede zwischen Verzeihung und Verzicht in der Praxis weitgehend; so läßt auch Machleid die Bereitschaft zu einer gewissen Gleichbehandlung erkennen (vgl. Machleid, AcP 151, 212 Fußnote 1o, 213).

der Doppelnatur also nicht widerlegt ist[1]..

hh) Im Vermögensprozeß sei die prozessuale Dispositionsmöglichkeit von der materiellrechtlichen nicht abhängig

Henckel[2] vertritt die Auffassung, daß die Abhängigkeit der prozessualen von der materiellrechtlichen Dispositionsmöglichkeit im Vermögensprozeß nicht besteht. Da sich dieses mit der Theorie der Doppelnatur - von Klaganerkenntnis, Klageverzicht und Prozeßvergleich[3] - nicht in Einklang bringen läßt, ist es in dem hier gestellten thematischen Zusammenhang erforderlich, die Argumentation Henckels zu überprüfen.

Henckel geht davon aus, daß es grundsätzlich einer Bindung der prozessualen Disposition an die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis nicht bedürfe, weil entweder der Nichtverfügungsbefugte von der Prozeßführung ausgeschlossen sei oder aber die Rechtskraft des Urteils auf die Parteien des Prozesses beschränkt bleibe, so daß der wahre Verfügungsbefugte von den Dispositionen der Partei nicht betroffen werde[4]. Als einzige Ausnahme erkennt Henckel den Fall an, daß durch Urteil der Erbe für erbunwürdig erklärt wird. Hier treffe die Urteilswirkung ausnahmsweise Dritte, weil

1 Umgekehrt entspricht es durchaus der insoweit fehlenden materiellen Privatautonomie, wenn § 617 ZPO ein Anerkenntnisurteil in einem Scheidungsrechtsstreit ausschließt; da es nach geltendem Recht eine Konventionalscheidung nicht gibt, kann auch ein Klaganerkenntnis nicht wirksam sein.

2 Prozeßrecht, Seite 135 ff.

3 Auch den Vergleich führt Henckel am Anfang seiner diesbezüglichen Betrachtungen an (Seite 134). Im weiteren Verlauf der Untersuchung bezieht sich Henckel dann jedoch nur noch - neben Säumnis und Sachverhaltsmanipulation - auf Anerkenntnis und Verzicht (vgl. Seite 137).

4 Henckel, Prozeßrecht, Seite 135.

das Urteil dem Erben die Erbenstellung auch gegenüber den Nachlaßgläubigern entziehe.

Henckel stellt mit seiner Ausnahmeregelung also nur auf die seltenen Fälle ab, bei denen das Urteil R e c h t s k r a f t gegenüber nicht am Prozeß beteiligten Dritten wirkt. Die weitaus häufigeren Fälle, bei denen die A u s w i r k u n g des Urteils Dritte trifft (d.h. andere Personen als die, welche die Parteihandlung vornehmen, wobei "Dritter" in diesem Sinne auch die Partei selbst sein kann), bleiben damit außer Betracht. Ein Fall wie der, daß der Vormund im Prozeß auf den Grundbuchberichtigungsanspruch des Mündels verzichten will[1], oder all die Fälle, bei denen der Vorstand einer AG entgegen den Intentionen der materiellrechtlichen Vorschriften im AktG auf einen Anspruch der AG zum Schaden der Gesellschaft und damit der Aktionäre im Prozeß verzichten will, lassen sich also nicht befriedigend lösen. Der Grund liegt darin, daß in diesen Fällen derjenige, dem im Einzelfall die Alleinverfügungsbefugnis fehlt, zur Prozeßführung durchaus berechtigt ist. Hier wird also dem Minderjährigen im Prozeß der Schutz verweigert, den § 1821 BGB durch das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung gerade gewähren will[2]. Diese Meinung wird allerdings nicht von Henckel geteilt, der die Entscheidung BGH JZ 1956, 62 im Ergebnis gutheißt[3]. Er sieht diese weitreichenden Dispositionsmöglichkeiten im Prozeß in Übereinstimmung mit der materiellen Rechtsordnung, die es den Vertragsparteien überläßt,

---

1 Wie es der zu mißbilligenden Entscheidung BGH JZ 1956, 62 zugrunde lag.

2 Henckel betont aber selbst an anderer Stelle und in anderem Zusammenhang, daß der Schutz des beschränkt Geschäftsfähigen im Prozeß genau dem Schutz im materiellen Recht entspreche; vgl. Prozeßrecht, Seite 73.

3 Henckel, Prozeßrecht, Seite 138 ff.

einen nichtigen Vertrag gleichwohl zu "erfüllen" und die grundsätzlich auch niemanden zwingt, das als "Erfüllung" Geleistete zurückzufordern[1]. Auf diese Argumentation muß näher eingegangen werden.

Richtig ist, daß ein dingliches Verfügungsgeschäft, welches in Verfolg eines nichtigen schuldrechtlichen Vertrages vorgenommen wird, im Regelfall gültig ist. Das beruht auf dem im BGB geltenden Abstraktionsgrundsatz, der davon ausgeht, daß die Verfügung zweckfrei und von dem kausalen Rechtsgeschäft unabhängig ist. Dieser Grundsatz dient dem "Erkennbarkeitsgedanken"[2], der die sachenrechtliche Rechtslage möglichst so gestalten will, wie sie sich nach außen darstellt. Das Abstraktionsprinzip schützt also das Verkehrsinteresse[3], indem es die Rechtssicherheit und die Rechtsklarheit fördert[4]. Den Parteien Möglichkeiten einzuräumen, gesetzliche Einschränkungen ihrer Verfügungsmacht letzten Endes doch wieder zu umgehen, ist nicht der Sinn dieses Grundsatzes.

Diese Aussage muß selbst dann aufrechterhalten werden, wenn man berücksichtigt, daß niemand zur Rückforderung seiner aus einem unwirksamen Vertrag erfolgten Leistung gezwungen wird. Allerdings könnte man fragen: Wenn der Gesetzgeber die dingliche Verfügung nur aus Gründen der Rechtsklarheit und der Verkehrssicherheit wirksam sein läßt, warum erzwingt er dann nicht wenigstens die Rückforderung. Der Schluß drängt sich auf, daß es dem Gesetzgeber wohl doch gleichgültig sei, ob auf einen unwirksamen Vertrag geleistet werde oder nicht und ob - falls ausnahmsweise auch einmal das dingliche Geschäft von der Unwirksamkeit ergriffen wird - der Empfänger entgegen der sachen-

---

1 Henckel, Prozeßrecht, Seite 136 ff.
2 Hedemann, § 4 IV (S. 21 ff., insbes. S. 25).
3 Heck, Sachenrecht, § 3o, 3 (Seite 119).
4 Baur, Sachenrecht, § 5 IV 1 (Seite 4o).

rechtlichen Rechtslage den Gegenstand behält. Weiter kann man folgern, daß dann auch im Prozeß die Dispositionen der Parteien nicht eingeschränkt zu sein brauchten[1].

Demgegenüber muß aber auf die Schwierigkeiten - um nicht zu sagen die schiere Unmöglichkeit - hingewiesen werden, vor die sich der Staat gestellt sähe, wollte er die praktische Befolgung seiner gesetzlichen Verbote und Verfügungsbeschränkungen in jedem Fall erzwingen. Bei den Rechtsgeschäften, von denen er infolge notwendiger Mitwirkung staatlicher Stellen Kenntnis erlangt, läßt sich dieses durchführen und wird es auch durchgeführt: Will beispielsweise der Vormund auf eine zugunsten des Mündels bestehende Reallast verzichten, so wird der Grundbuchrichter dieses Recht nicht löschen, bevor der Vormund die gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB notwendige Genehmigung des Vormundschaftsgerichts beibringt[2]. Wie aber soll bei den Geschäften des täglichen Lebens die Befolgung der gesetzlichen Regeln gesichert werden? Wenn A dem B ein wucherisches Darlehen gibt und B die Wucherzinsen zahlt, so kann der Staat schon deshalb nicht die Rückzahlung der Wucherzinsen erzwingen, weil er von diesem Geschäft nichts erfährt. Gleiches gilt z.B. für die Rückgabe eines im Besitz des Mündels befindlichen Pfandes durch den Vormund, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts fehlt, sowie den Verzicht der AG auf Ersatzansprüche gegen die Gründer vor Ablauf der in § 5o festgelegten Dreijahresfrist. In all diesen Fällen - die Beispiele ließen sich nahezu unerschöpflich fortführen - könnte der Staat die Befolgung seiner gesetzlichen Vorschriften in der Praxis nur dadurch

---

1 So Henckel, Prozeßrecht, Seite 137.

2 Vgl. Güthe-Triebel, I. Band, Vorbemerkungen zum 2. Abschnitt, Rdnr. 99 (letzter Absatz); Meikel-Imhof-Riedel, II. Band, Anhang zu § 18, Rdnr. 1o6 ff., insbes. Rdnr. 114.

sichern, daß er die Rolle eines allgegenwärtigen Kontrolleurs annähme, dessen Funktion darin bestände, jede rechtsgeschäftliche Handlung seiner Untertanen zu überwachen. Daß dieses weder durchführbar noch wünschenswert ist, liegt auf der Hand.

Zwar hat sich der Gesetzgeber in einzelnen Fällen entschlossen, eine weitgehende Überwachung durchzuführen, wie es z.B. durch die Aufsicht über den Vormund gemäß § 1837 BGB geschieht. Zum einen ist das Mündel besonders schutzbedürftig, weil das Verhältnis zwischen Vormund und Mündel in besonderem Maße "gefahrengeneigt" ist, zum anderen läßt sich diese Aufsicht wegen der verhältnismäßig geringen Zahl von Vormundschaften mit einem noch vertretbaren Aufwand durchführen. Dem Vormund gegenüber kann das Vormundschaftsgericht - falls es zur Durchsetzung von Rechten des Mündels unbedingt erforderlich ist - notfalls die Erhebung einer Klage anordnen. Gegenüber den Eltern eines Kindes hat das Vormundschaftsgericht diese Möglichkeit aber schon nicht mehr[1]. Das besagt aber noch nicht, daß die Eltern im Prozeß unter Nichtbeachtung des § 1643 BGB nach Belieben ein Klaganerkenntnis oder einen Klageverzicht vornehmen können. Wie aus den Vorschriften der §§ 1667 ff. BGB hervorgeht, soll das Vermögen des Kindes auch gegen schädigende Handlungen der Eltern geschützt werden, und nichts steht dem entgegen, diesen Schutz im Prozeß auch dadurch zu gewähren, daß der Richter bei Parteihandlungen der Eltern auf die Einhaltung der materiellrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen achtet. Der Einwand, die Eltern könnten nicht verpflichtet werden, eine Klage zu erheben, ist kein Argument gegen die Unzulässigkeit eines Klageverzichts, denn dabei handelt es sich um etwas Verschie-

1 Vgl. zu diesen Fragen Henckel, Prozeßrecht, Seite 121 f.

denes. Es muß der Unterschied zwischen Ausübungsfreiheit und Verfügungsfreiheit beachtet werden.[1] Durch die Nichterhebung einer Klage ändert sich die Rechtslage grundsätzlich nicht[2]; dem Kind steht der Anspruch weiterhin zu, so daß er jederzeit geltend gemacht werden kann.

Anders jedoch beim Klageverzicht. Ergeht auf ihn ein entsprechendes Urteil, so kann das Kind den Anspruch nicht mehr geltend machen - unabhängig davon, welche Theorie man zur Natur des Klageverzichts vertritt. Das Kind verliert also - unter Mitwirkung des Prozeßgerichts - ein Recht, welches es nach dem Willen des Gesetzgebers nicht oder allenfalls nach Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht verlieren sollte. Das läßt es nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern sogar angebracht erscheinen, materiellrechtliche Gebote und Verbote auch im Prozeß zu berücksichtigen, und diese Berücksichtigung erlaubt bei Anerkenntnis und Verzicht wohl die Theorie der Doppelnatur, nicht aber die der reinen Prozeßhandlung.

Auch der Hinweis darauf, daß im Zivilprozeß die Verhandlungsmaxime gelte, so daß durch bewußt schlechte Prozeßführung die Parteien ohnehin das Urteil erreichen könnten, welches die Theorie der Doppelnatur durch Be-

---

1 Vgl. dazu Grunsky, § 3 I (Seite 14 f.)

2 Auch durch die nach Ablauf einer bestimmten Frist eintretende Verjährung erlischt der Anspruch nicht. Zwar ist möglicherweise seine Durchsetzung gehindert, aber diese Rechtslage tritt eben erst zu dem gesetzlich festgelegten Zeitpunkt ein, unabhängig vom Willen der Eltern. Vorher kann das Vormundschaftsgericht zum Schutz des Minderjährigen noch die in §§ 1667 ff BGB vorgesehenen Maßnahmen treffen. Gerade das könnten die Eltern durch einen Klageverzicht umgehen.

achtung der materiellen Vorschriften vermeiden möchte, ist m.E. kein durchschlagendes Gegenargument. Gewiß ist zuzugeben, daß durch entsprechende Aufbereitung des Tatsachenstoffs oder durch Säumnis die Parteien Urteile erwirken können, die mit der wahren Rechtslage nicht übereinstimmen. Das ist jedenfalls in solchen Fällen bedauerlich, in denen die Parteien auf diesem Wege durch Einschaltung des Gerichts im Falle materieller Verfügungsbeschränkungen die ihnen vom Gesetzgeber eingeräumten Befugnisse überschreiten können. Zwar haben die Parteien materiellrechtlich eine Ausübungsfreiheit, nicht jedoch eine Verfügungsbefugnis. Im Prozeß wird es ihnen aber ermöglicht, sich durch ein rechtskräftiges Urteil ein in Wahrheit unwirksames Rechtsverhältnis als wirksam bescheinigen zu lassen, und zwar auch mit Wirkung für und gegen Rechtsnachfolger (beispielsweise den Erben). Hier ändert sich also die Rechtslage, was sonst u n m i t t e l b a r nur bei einer Verfügung, nicht aber bei dem bloßen Unterlassen der Rechtsausübung geschieht.

Da jedoch sowohl die Verhandlungsmaxime als auch die Vorschriften über Säumnis in den Dienst gewisser gesetzgeberischer Intentionen gestellt worden sind, die man billigen muß[1], wird man bis zu einem gewissen Grade auch die Nachteile dieser Prinzipien in Kauf nehmen müssen. Das rechtfertigt es aber keinesfalls, ohne Not darüber hinauszugehen und den Parteien auch noch das Recht einzuräumen, vom Richter ein Urteil zu erzwingen, welches unter Nichtbeachtung materiellrechtlicher Vorschriften entgegen dem vorgetragenen Sachverhalt ergeht.

Die gegenteilige Meinung setzt sich dem Vorwurf der Widersprüchlichkeit aus. Wollten die Parteien einen

---

1 Vgl. im einzelnen dazu oben unter d) aa) δ) und d) bb) γ).

Rechtsstreit dadurch beenden, daß sie unter Mißachtung materiellrechtlicher Wirksamkeitserfordernisse einen Prozeßvergleich schließen, so müßte ihnen auf Grund der Doppelnatur des Prozeßvergleichs entgegengehalten werden, daß ein solcher Vergleich unwirksam sei und den Prozeß nicht beende. Dieses müßte ihnen gesagt werden, obwohl sie den Vergleich gewissermaßen "unter sich" schließen, ohne daß das Gericht dabei noch eine Entscheidung zu treffen hätte. Wenn aber die Parteien "privat" eine solche Vereinbarung wegen Verstoßes gegen das materielle Recht nicht treffen dürfen, dann kann es ihnen um so weniger erlaubt sein, den Richter zum Erlaß einer dahingehenden Entscheidung zu zwingen.

ii) Resümee

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß bei einer genaueren Betrachtung keines der von der herrschenden Lehre gegen die Doppelnatur vorgebrachten Argumente als durchschlagend angesehen werden kann. Zum Teil nötigen sie jedoch dazu, durch eine tiefergehende Untersuchung unter Berücksichtigung der beschränkten Urteilsrechtskraft erst einmal Inhalt und Wirkung von Klaganerkenntnis und Klageverzicht festzustellen, zum Teil erfordern sie auch, diese Parteihandlungen im Zusammenhang mit allgemeinen prozessualen Grundsätzen wie dem Rechtsschutzbedürfnis zu sehen. Die Beschäftigung mit diesen Argumenten ist daher geeignet, neue Hinweise und Erkenntnisse zu liefern, weshalb die Auseinandersetzung mit ihnen für ein besseres Verständnis von Anerkenntnis und Verzicht durchaus fruchtbar ist. Die Theorie der Doppelnatur können sie allerdings nicht widerlegen.

f) Einzelargumente für die Theorie der Doppelnatur

Nachdem aufgezeigt worden ist, daß keines der von der herrschenden Lehre gegen die Doppelnatur von Klaganerkenntnis und -verzicht vorgebrachten Argumente durchschlagend ist, muß noch darauf hingewiesen werden, daß neben dem systematischen Gesichtspunkt, der durch die Untersuchung der Reichweite und Grenzen der Parteiherrschaft im Zivilprozeß gewonnen wurde[1], auch noch andere Gründe für die Doppelnatur des Anerkenntnisses und Verzichts im Prozeß sprechen. Im wesentlichen sind es drei Argumente, die in diesem Zusammenhang anzuführen sind.

Das erste Argument ergibt sich, wenn man in einer Gesamtschau die prozeßbeendenden Parteihandlungen sowie die entsprechenden außerprozessualen Rechtsgeschäfte vergleicht und ihr Verhältnis zueinander klarzulegen versucht.

Führen wir das zunächst am Beispiel des Vergleichs durch. Wenn zwei Parteien einen Rechtsstreit vor Gericht führen und sich schließlich einigen, indem sie einen außergerichtlichen Vergleich gemäß § 779 BGB schließen, so berührt das den Prozeß grundsätzlich überhaupt nicht; dieser endet dadurch keineswegs. Um auch das gerichtliche Verfahren zu beenden, das nach erfolgter materieller Einigung keinen Sinn mehr hat, muß noch gesondert eine Prozeßhandlung vorgenommen werden, beispielsweise indem die Klage zurückgenommen oder der Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt wird. Freilich steht den Parteien ein anderer Weg zur Verfügung, mit dem diese Zweigleisigkeit vermieden werden kann. Diese Möglichkeit besteht in Form des Prozeßvergleichs, der einen zuvor abgeschlossenen außergerichtlichen Vergleich nicht voraussetzt. Folg-

1 Siehe oben unter C II 2 d).

lich fallen beim Prozeßvergleich das materielle Rechtsgeschäft und die auf Prozeßbeendigung zielende Prozeßhandlung zusammen. Daher spricht die herrschende Meinung dem Prozeßvergleich eine Doppelnatur zu.

Betrachten wir nun Anerkenntnis und Verzicht, so haben wir, wenn sie außerhalb des Prozesses gemäß § 781 BGB bzw. § 397 BGB vorgenommen werden, die gleiche Situation wie beim außergerichtlichen Vergleich. Wieder wird durch die materielle Einigung das gerichtliche Verfahren nicht berührt; auch hier muß der Prozeß durch eine geeignete Prozeßhandlung - wie z.B. Klagerücknahme (beim Verzicht) oder Erklärung der Erledigung der Hauptsache (beim Anerkenntnis) - besonders beendet werden. Jedoch besteht auch hier wieder die Möglichkeit, die materiellen Rechtsgeschäfte direkt in den Prozeß hineinzutragen, sie unmittelbar auf das gerichtliche Verfahren einwirken zu lassen. Die Parteien brauchen dazu nur ein Klaganerkenntnis oder einen Klageverzicht vorzunehmen, indem die eine Partei diese Erklärung abgibt und die andere Partei den in §§ 3o6, 3o7 ZPO vorgesehenen Antrag stellt. Auch Klaganerkenntnis und -verzicht sind also Prozeßbeendigungstatbestände, genau wie der Prozeßvergleich. (Ein in diesem Zusammenhang unerheblicher Unterschied besteht lediglich darin, daß aus dem Prozeßvergleich unmittelbar vollstreckt werden kann, während bei Anerkenntnis und Verzicht noch ein entsprechendes Urteil ergehen muß.)

Schon diese vergleichende Betrachtung legt die Vermutung sehr nahe, daß auch bei Klaganerkenntnis und -verzicht das materielle Rechtsgeschäft und die Prozeßhandlung in einer Parteihandlung mit Doppelnatur zusammengefaßt sind, denn auch Klaganerkenntnis und -verzicht setzen nicht voraus, daß bereits außerhalb des Prozesses ein entsprechendes materielles Rechtsgeschäft vorgenommen wurde.

Dennoch wird von der herrschenden Meinung die Doppelnatur dieser Parteihandlungen bestritten; sie werden als reine Prozeßhandlungen angesehen, die grundsätzlich kein materielles Rechtsgeschäft beinhalten. Diese These, die bei einem Seitenblick auf den Prozeßvergleich nicht recht verständlich ist, wird andererseits durch den Hinweis auf die Rechtslage beim Prozeßvergleich auch nicht schlüssig widerlegt.

Das entscheidende Argument erhält man jedoch, wenn man auf den Fall abstellt, daß im Anschluß an ein Klaganerkenntnis ein Prozeßvergleich vorgenommen wird. Wir haben an früherer Stelle festgestellt, daß es beim Prozeßvergleich als Nachgeben ausreicht, wenn die eine Partei auf ein Urteil verzichtet. Es kann nun sein, daß der Beklagte ein Klaganerkenntnis abgibt und der Kläger darauf erwidert, dann solle eben ein Prozeßvergleich des Inhalts abgeschlossen werden, daß der Beklagte seine Verpflichtung anerkennt und zusätzlich die Prozeßkosten - ganz oder zum Teil - übernimmt. Wir wollen weiterhin annehmen, daß der Beklagte darauf eingeht. Wollte man dieses so werten, daß das zunächst abgegebene Klaganerkenntnis Bestandteil des Prozeßvergleichs geworden ist, so hätten wir es mit zwei Prozeßbeendigungstatbeständen nebeneinander zu tun. Außerdem hätten wir den merkwürdigen Vorgang, daß in dem zunächst abgegebenen Klaganerkenntnis - nach der herrschenden Meinung - kein materielles Anerkenntnis enthalten ist, ein solches aber durch den Abschluß des Prozeßvergleichs entsteht. Das ergibt sich aus folgender Überlegung. Der Prozeßvergleich enthält, was weitgehend anerkannt ist, auf Grund seiner Doppelnatur auch ein materielles Rechtsgeschäft. Demzufolge müßte entweder zu dem lediglich prozessual wirkenden Klaganerkenntnis bei Abschluß des Prozeßvergleichs ein materielles Anerkennt-

nis hinzukommen, oder aber das prozessuale Anerkenntnis müßte sich bei Aufnahme in den Prozeßvergleich in ein materiellrechtliches verwandeln[1]. Man könnte darauf hinweisen, daß erstere Möglichkeit insofern nicht ausgeschlossen erscheine, als bei den Parteien eine neue Willensentschließung vorliege. Der Prozeßvergleich sei ein zweiseitiger Vertrag, der durch beiderseitige Willenserklärung zustande komme; daher sei es möglich, daß die Parteien nunmehr, d.h. im Rahmen des Prozeßvergleichs, einen materiellen Anerkenntnisvertrag schlössen.

Dazu ist zu sagen, daß es zwar möglich wäre, jedoch bei den Parteien das Bewußtsein voraussetzte, nun etwas qualitativ anderes zu vereinbaren als vorher. In Ansehung des Anerkenntnisses dürfte dieses Bewußtsein bei den Parteien wohl kaum vorhanden sein. Damit offenbart sich bei der Theorie der reinen Prozeßhandlung gerade die Schwäche, die Lent der Gegenmeinung von der Doppelnatur vorwirft: nämlich in die Erklärungen der Parteien einen Sinn hineinzulegen, an den diese überhaupt nicht denken[2].

Zwangloser erklärt sich alles, wenn man schon dem Klaganerkenntnis eine Doppelnatur zuspricht. Dann bildet das darin enthaltene materiellrechtliche Anerkenntnis die materielle Seite des Prozeßvergleichs, während die prozessuale Seite abgeändert wird: Der Prozeßbeendigungstatbestand "Klaganerkenntnis" wird durch den Prozeßbeendigungstatbestand "Prozeßvergleich" ersetzt. Der Änderung der prozessualen Seite sind sich die Parteien voll bewußt, und diese Änderung wollen sie ja auch herbeiführen.

---

1 Dies nimmt Goldschmidt, Lb., § 61, 3 (Seite 2o2) an, der allerdings nicht erläutert, wie diese Umwandlung zu erklären ist.

2 Vgl. Lent-Jauernig, § 47 VI (Seite 147) sowie Lent, Anerkenntnis, S. 128/29 und 135.

Der zweite Gesichtspunkt, der für die Theorie der Doppelnatur spricht, ist die Tatsache, daß der "Normalfall" des Prozeßvergleichs, bei dem jede der beiden Parteien materiellrechtlich nachgibt, Elemente sowohl des Klageverzichts als auch des Anerkenntnisses in sich vereinigt. Bei Lent-Jauernig ist das folgendermaßen ausgedrückt: "Der Prozeßvergleich enthält ein gegenseitiges Entgegenkommen und Nachgeben beider Parteien, verglichen mit ihren Anträgen also eine teilweise Unterwerfung und eine teilweise Selbstbehauptung. Der Vergleich steht daher in der Mitte zwischen Klageverzicht und Anerkenntnis."[1] Das besagt, daß der Prozeßvergleich praktisch nichts anderes ist als ein teilweiser Klageverzicht und ein teilweises Anerkenntnis; jedenfalls ließe sich durch teilweise Anerkenntnis- und Verzichtserklärungen für die Parteien das gleiche Ergebnis erzielen, welches sie mit einem entsprechenden Prozeßvergleich anstreben. Besonders deutlich wird dieses an Fällen, bei denen der Kläger zwei Forderungen einklagt und die Parteien übereinkommen, daß nur eine bestehen und erfüllt werden soll. Das Ergebnis läßt sich sowohl durch Prozeßvergleich als auch durch Klaganerkenntnis hinsichtlich der einen und Klageverzicht hinsichtlich der anderen Forderung erreichen. Als weiteres Beispiel läßt sich der Fall anführen, daß der Kläger eine Forderung geltend macht und der Beklagte seinerseits im Wege der Widerklage einen Anspruch gegen den Kläger einklagt. Ob nun jede der beiden Parteien hinsichtlich ihres Anspruchs Klageverzicht erklärt oder ob im Wege des Prozeßvergleichs vereinbart wird, daß beide Ansprüche nicht bestehen sollen, läuft in der Sache auf das gleiche hinaus. Es erscheint deshalb völlig unverständlich, daß hinsichtlich der Wirksamkeit Gegensätzliches gelten soll. Sobald materiell-

1 Lent-Jauernig, 13. Aufl., § 48 I (S. 142).

rechtlich ein Mangel vorliegt - beispielsweise das Fehlen einer erforderlichen Genehmigung - müßte nach der rein prozessualen Auffassung von Klaganerkenntnis und -verzicht das eine Verfahren zulässig, das andere - nämlich der Prozeßvergleich - aber unwirksam sein. Wenn aber der Prozeßvergleich "in der Mitte zwischen Klageverzicht und Anerkenntnis" steht[1], dann fragt man sich, warum die Parteien einen Prozeßvergleich nicht abschließen können sollten, wenn sowohl Klaganerkenntnis als auch Klageverzicht wirksam vorgenommen werden können. Auch insoweit kommt die Theorie der reinen Prozeßhandlung zu einem unbefriedigenden Ergebnis.

In gewissen Fällen - und damit kommen wir zu dem dritten Punkt - hat es aber geradezu absurde Konsequenzen, wenn man nicht auch dem Klageverzicht und dem Anerkenntnis eine Doppelnatur zuspricht. Greifen wir in diesem Zusammenhang auf die schon zitierte Entscheidung des BGH vom 1.7.1955[2] zurück. Hier konnte der Vormund nach der rein prozessualen Auffassung auch ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung im Wege des Klageverzichts auf den Grundbuchberichtigungsanspruch verzichten, wobei das Mündel auch noch die Prozeßkosten zu tragen hatte. Hätte jedoch der Beklagte in Reaktion auf den Klageverzicht den Vorschlag gemacht, einen Prozeßvergleich des Inhalts zu schließen, daß der Kläger auf den Anspruch verzichtet und die Prozeßkosten geteilt werden, so hätte ein solcher Prozeßvergleich - obwohl für das Mündel günstiger - ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht wirksam abgeschlossen werden können.

---

1 Wie Lent-Jauernig es selbst formulieren, siehe Anm. 1, Seite 217; interessanterweise findet man diesen Satz nur bis einschließlich 13. Auflage, in späteren Auflagen sind diese Ausführungen fortgelassen worden.

2 BGH JZ 1956, 62.

Die Widersprüchlichkeit läßt sich aber noch steigern. Gesetzt den Fall, es handelt sich um zwei Grundstücke. Dann kann der Vormund auf den Grundbuchberichtigungsanspruch hinsichtlich beider Grundstücke im Wege des Klageverzichts ohne weiteres verzichten. Sollten die Parteien jedoch einen Vergleich schließen wollen in der Weise, daß hinsichtlich des einen Grundstücks verzichtet, hinsichtlich des anderen aber der Anspruch des Mündels vom Beklagten anerkannt wird, dann müßte der Richter darauf hinweisen, daß ein solcher Prozeßvergleich ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht wirksam vorgenommen werden kann. Dieses Ergebnis ist schlechterdings unverständlich.

Wenn der Vormund für den Kläger im Prozeß erklärt, er wolle nun einen Verzicht aussprechen und auch die Prozeßkosten tragen, und wenn der Beklagte daraufhin erwidert, damit sei er voll und ganz einverstanden, dann hat der Richter durch Ausübung seines Fragerechts zu klären, ob der Beklagte mit dieser Bemerkung auf einen Prozeßvergleich hinzielt oder ob er damit den Antrag auf Klagabweisung gemäß § 3o6 ZPO stellen will. Auf die Frage des Beklagten, worin denn der Unterschied bestehe, könnte der Richter nur antworten, einen praktischen Unterschied mache das für die Parteien an und für sich nicht, nur sei - nach der Theorie der reinen Prozeßhandlung - das eine wirksam und das andere nicht. Wenn auf die weitere Frage, woraus sich diese Verschiedenheit erkläre, der Richter antwortete, das käme daher, daß die Erklärung des K l ä g e r s durch die unterschiedliche Auffassung des B e k l a g t e n jeweils einen anderen Inhalt bekomme (im einen Fall reine Prozeßhandlung, im anderen Fall auch materielles Rechtsgeschäft), so stieße er wahrscheinlich auf völliges Unverständnis.

Auch hier zeigt es sich wieder, daß die herrschende Meinung, die Klaganerkenntnis und -verzicht als rein prozessuale Handlungen auffaßt, dem Prozeßvergleich jedoch eine Doppelnatur zuspricht, in die Erklärungen der Parteien etwas hineinlegt, das in Wirklichkeit nicht darin enthalten ist.

All dieses führt zu dem Schluß, daß Klaganerkenntnis und -verzicht als Parteihandlungen mit Doppelnatur aufzufassen sind.

g) Konkrete Folgerungen aus der Doppelnatur von Klaganerkenntnis und Klageverzicht

Mit der Erkenntnis, daß auch Anerkenntnis und Verzicht im Prozeß eine Doppelnatur haben, ist die Antwort auf die Frage, wie sich die nach dem AktG eintretenden materiellrechtlichen Mängel auf die prozessuale Seite dieser Parteihandlungen auswirken, schon weitgehend vorgezeichnet. Die Theorie der Doppelnatur von Klaganerkenntnis und -verzicht führt nämlich die unter den Vertretern der prozessualen Theorie heillos umstrittene Frage, inwieweit Vorschriften des materiellen Rechts (ausnahmsweise) die Wirksamkeit dieser Prozeßhandlungen beeinflussen, zwangsläufig einer klaren und eindeutigen Entscheidung zu: Klaganerkenntnis und -verzicht können nur dann wirksam sein, wenn alle im Einzelfall bestehenden materiellrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Jede materiellrechtliche Einschränkung - sei es durch Verbotsgesetze oder Genehmigungsbedürftigkeit - ist also beachtlich, wirkt sich auf die Parteihandlung als Ganze aus und beeinträchtigt insoweit auch die prozessualen Dispositionsmög-

lichkeiten[1].

Grundsätzlich kann daher auf die entsprechenden Ausführungen zum Prozeßvergleich verwiesen werden[2], mit der Maßgabe, daß bei Anerkenntnis und Verzicht sich eine Reihe von Einzelfragen nicht ergeben, die beim Prozeßvergleich vornehmlich dadurch entstehen, daß er einerseits nicht unbedingt ein Nachgeben der Gesellschaft in der Hauptsache enthalten muß und daß andererseits die Prozeßgegner bei dieser Parteihandlung noch andere Fragen regeln können, wie z.B. die Kostentragungspflicht und noch nicht anhängig gemachte weitere Ansprüche. Im einzelnen gilt folgendes.

---

1 An dieser Stelle mag folgender Hinweis angebracht sein. Der Satz, daß die prozessuale Disposition in gleicher Weise eingeschränkt ist wie die materielle Verfügungsbefugnis, läßt sich nicht einfach umgekehrt dahingehend formulieren, daß alles, was an materiellrechtlichen Dispositionen erlaubt sei, nun auch prozessual möglich sein müsse. Diese Feststellung ist besonders bedeutsam im Hinblick auf die Anfechtung. Die Auffassung von der Doppelnatur verbietet nicht die Berücksichtigung der Tatsache, daß Verfahren, die durch Anerkenntnis oder Verzicht beendet werden, mit einem Urteil abschließen und daß durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossene Verfahren nur unter ganz engen, vom Prozeßrecht geregelten Voraussetzungen wieder aufgenommen werden können. Es ist Häsemeyer (ZZP 85, 216) ohne weiteres darin Recht zu geben, daß man nicht durch die uneingeschränkte Anerkennung der Anfechtungsmöglichkeit Endurteile minderer Qualität schaffen darf. Als Vertreter der Doppelnatur ist man nicht gehindert, insoweit der prozessualen Natur von Klaganerkenntnis und -verzicht Rechnung zu tragen und eine Anfechtung nach Urteilsrechtskraft für ausgeschlossen zu halten. Daß die Anfechtungsmöglichkeit nach dem Willen des Gesetzgebers ohnehin nicht unbeschränkt lange bestehen soll, zeigen beispielsweise die §§ 121 Abs. 2, 124 Abs. 1 und 3 BGB.

2 Siehe oben unter C II 1 d.

aa) Unwirksamkeit

Liegt bei dem in Frage stehenden Anerkenntnis oder Verzicht ein materiellrechtlicher Mangel vor, der zur Unwirksamkeit führt - sei es, daß gegen ein Verbotsgesetz verstoßen worden ist, sei es, daß die Hauptversammlung die notwendige Zustimmung verweigert hat - so kann das Gericht mangels einer Urteilsgrundlage kein entsprechendes Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil fällen. Das schließt freilich nicht aus, daß ein streitiges Urteil gleichen Inhalts ergeht, wenn sich dem Richter unabhängig von der unwirksamen Parteihandlung die Rechtslage so darstellt.

Ist gemäß § 147 Abs. 1 die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs verlangt worden, so tritt im Falle des Verzichts[1] keine Besonderheit ein. Der Vorstand darf ja ohnehin nur mit Zustimmung der Hauptversammlung und nicht gegen den Widerspruch der Minderheit auf den Ersatzanspruch verzichten (siehe z.B. § 5o). Bei dieser Regelung muß es auch dann bleiben, wenn allein die Minderheit die Geltendmachung verlangt hat[2]. Auch in diesem Fall ist die Zustimmung der Hauptversammlung zum Klageverzicht erforderlich, weil anderenfalls die Bestimmungen des AktG über Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen umgangen werden könnten. Demgegenüber muß die Gefahr in Kauf genommen werden, daß die Minderheit, die die Geltendmachung verlangt hat, später gegen ihren Willen von der Mehrheit der Hauptversammlung am Prozeß festgehalten wird mit der Folge der Kostentragungspflicht nach § 147 Abs. 4. Dieses Risiko

1 Gleiches gilt für das Klaganerkenntnis gegenüber der negativen Feststellungsklage.
2 Anders bei einem Prozeßvergleich, der kein materielles Nachgeben der Gesellschaft enthält; vgl. dazu unter C II 1 d) aa) γ) γγ).

nimmt die den Prozeß erzwingende Gruppe übrigens auch immer dann auf sich, wenn und solange die Dreijahresfrist, die eine absolute Sperre für Verzichts- und Vergleichsabschlüsse darstellt, noch nicht abgelaufen ist.

bb) Schwebende Unwirksamkeit

Bei schwebender Unwirksamkeit von Klageverzicht und Klaganerkenntnis gilt im Grunde das Gleiche, was beim Prozeßvergleich ausgeführt worden ist[1]. Allerdings tritt hier keine Ungewißheit darüber ein, ob der Prozeß beendet ist oder nicht, denn Klaganerkenntnis und -verzicht beenden das Verfahren nicht; die Beendigung tritt erst durch das Urteil ein. Es ergibt sich aber für das Gericht die Ungewißheit darüber, welches nunmehr der Streitgegenstand ist und welche Rechtslage zugrunde gelegt werden muß.

Dieser Zustand der schwebenden Unwirksamkeit muß durch Einholen der Zustimmung beseitigt werden. Wie das Verfahren zwischenzeitlich behandelt werden muß, ergibt sich aus den entsprechenden Ausführungen zum Prozeßvergleich[1]. Kann die Zustimmung in Kürze eingeholt werden, so wird das Gericht die Verhandlung vertagen. Ist jedoch abzusehen, daß die Zustimmung erst nach geraumer Zeit erteilt werden kann - und das ist bei der Zustimmung der Hauptversammlung die Regel - so muß das Ruhen des Verfahrens (§ 251 ZPO) angeordnet werden.

---

1 Vgl. oben unter C II 1 d) bb).

cc) Relative Unwirksamkeit

Hinsichtlich der relativen Unwirksamkeit kann auf die zum Prozeßvergleich gemachten Ausführungen verwiesen werden[1]. Die relative Unwirksamkeit hindert nicht den Erlaß eines Anerkenntnis- oder Verzichtsurteils, zumal ein Urteil ohnehin nur zwischen den Parteien Rechtskraft schafft.

III. Anhang: Einschränkung rein prozessual zu beurteilender Parteihandlungen?

Mit der Charakterisierung von Prozeßvergleich, Klaganerkenntnis und Klageverzicht als Doppelnatur ist sichergestellt, daß sämtliche Einschränkungen der materiellen Verfügungsbefugnis bei diesen Parteihandlungen auch im Prozeß zur Geltung kommen. Nicht gelöst ist damit das Problem, inwieweit sich materiellrechtliche Beschränkungen bei sonstigen Parteihandlungen oder bloßem Partei"verhalten" in prozessualer Hinsicht auswirken können oder sollten. Mit der allgemeinen - grundsätzlich nicht zu bezweifelnden - Feststellung, daß die Parteien durch einen falschen Sachvortrag oder durch sonstige Ausnutzung prozessualer Grundsätze erreichen können, daß ein der wahren Rechtslage nicht entsprechendes Urteil ergeht, ist insbesondere die Frage nicht beantwortet, ob dieses auch dann gelten darf, wenn ein Rechtsverhältnis zugrunde liegt, über das die Parteien nicht frei verfügen können.

Die Beantwortung dieser Frage wird dadurch erschwert, daß die Parteien bzw. ihre Prozeßvertreter unterschiedliche Möglichkeiten zur Manipulation des Urteils haben, die sich auf verschiedene Rechtsgrundlagen zurückführen

---

1 Vgl. unter C II 1 d) cc).

lassen. So kann durch Sachverhaltsmanipulation - sei es durch Vortrag unwahrer Tatsachen, sei es durch bloßes Verschweigen rechtlich erheblicher Punkte - ein unzutreffendes Urteil herbeigeführt werden. Diese Möglichkeit beruht auf der Verhandlungsmaxime. Das gilt auch, soweit die Gegenseite durch ein falsches Geständnis oder durch Schweigen bei der Täuschung des Gerichts mitwirkt, denn in den §§ 288, 138 Abs. 3 ZPO hat die der Zivilprozeßordnung zugrunde liegende Verhandlungsmaxime jeweils eine konkrete Ausformung gefunden.

Es kann jedoch auch versucht werden, einen wesentlichen Teil des Vortrages erst so spät in den Prozeß einzuführen, daß er vom Gericht als verspätet zurückgewiesen wird. Darüberhinaus hat die Partei die Möglichkeit, selbst säumig zu sein und dadurch - völlig unabhängig von dem bis dahin vorgetragenen Sachverhalt - Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen. Hierbei wirken die Verhandlungsmaxime und der Grundsatz der Verwirkung zusammen; ausschlaggebend ist letzter.[1]

Als weiterer Punkt, der berücksichtigt werden muß, kommt hinzu, daß die vom Gesetzgeber vorgenommene Einschränkung der materiellen Verfügungsbefugnis in jedem Falle eine bestimmte Schutzfunktion erfüllt. Unterschiedlich kann aber der geschützte Personenkreis sein. Mag es in einem Fall eine einzelne Person oder eine bestimmte Personengruppe sein, so ist es in einem anderen Fall die Allgemeinheit. Auch diese Schutzrichtung der die Verfügungsfreiheit beschränkenden Vorschriften könnte für die Frage, in welchem Umfang und in welcher Weise sie im Prozeß zu berücksichtigen sind, von Bedeutung sein.

---

1 Vgl. unter C II 2 d) bb) β) und γ).

Aus diesen Gründen kann im Rahmen dieser Arbeit nur noch versucht werden, in aller Kürze skizzenhaft einige typische Fallgestaltungen und die für sie in Betracht kommenden Lösungswege - de lega lata oder de lege ferenda - aufzuzeigen.[1]

1. Unvollständiger oder verfälschter Sachvortrag

Die Möglichkeiten, die den Parteien durch Vortrag eines unvollständigen oder unrichtigen Sachverhalts offenstehen, beruhen - wie schon gesagt - auf dem Verhandlungsgrundsatz, der bedeutet, daß der Richter seinem Urteil nur das zugrunde legen darf, was die Parteien ihm an Tatsachenstoff unterbreitet haben. Das Gericht darf nicht etwa selbst den Sachverhalt ermitteln, woraus sich insbesondere ergibt, daß Tatsachen, die unter den Parteien unstreitig sind, dem Urteil als feststehend zugrunde gelegt werden müssen. Das Ganze beruht auf der Überlegung, daß ja beide Seiten ein wesentliches Interesse haben werden, den Prozeß zu gewinnen und daher gewiß alles ihnen Günstige lückenlos vortragen werden. Demzufolge muß diese Regelung dort versagen, wo beide Seiten im Prozeß das gleiche Ziel verfolgen, sie also in gleicher Weise an einem bestimmten Urteilsspruch interessiert sind. Das kann dann der Fall sein, wenn die beiden "Kontrahenten" wegen einer bestehenden Verfügungsbeschränkung einen angestrebten Erfolg auf rechts-

---

1 Neben der Vertretung der AG durch den Vorstand sollen das Verhältnis Vormund-Mündel und der Fall betrachtet werden, daß für zwei beliebige Parteien in eigenen Angelegenheiten (z.B. durch §§ 134, 138 BGB) eine Beschränkung der Privatautonomie besteht.

geschäftlichem Wege nicht herbeiführen können, also vornehmlich dann, wenn beide oder wenigstens einer von ihnen in eigener Angelegenheit oder als Vertreter bzw. Organ einer anderen (juristischen) Person nicht frei verfügen kann.

Es ist die Frage, ob auch dann die Verhandlungsmaxime zur Anwendung kommen soll, die - wie soeben ausgeführt - auf diese Fälle gar nicht paßt. Hier ist darauf hinzuweisen, daß sich schon nach geltendem Recht eine einschränkende Interpretation des Verhandlungsgrundsatzes rechtfertigen läßt. Auszugehen ist von der ziemlich einhellig akzeptierten Erkenntnis, daß die Dispositionsmaxime das prozessuale Gegenstück zur materiellrechtlichen Privatautonomie ist und daß jene deshalb nicht gelten kann, wo diese nicht gegeben ist.[1]

Weiterhin ist dann zu berücksichtigen, daß Dispositionsmaxime und Verhandlungsgrundsatz nicht grundsätzlich verschiedene Dinge sind, sondern Ausflüsse eines übergeordneten Verfügungsgrundsatzes, einer Dispositionsmaxime im weiteren Sinne.[2]

Das kann es rechtfertigen, beide Grundsätze insoweit gleich zu behandeln. Auch die Verhandlungsmaxime ist dann als ein prozessuales Korrelat zur materiellrechtlichen Ausübungs- und Verfügungsfreiheit zu sehen, mit der Folge, daß die Verhandlungsmaxime nicht zur Anwendung kommt, wenn materiellrechtliche Verfügungsbeschränkungen[3] bestehen.[4]

---

1 Siehe dazu unter C II 2 c) ee)
2 Siehe dazu unter C II 2 d) aa) β)
3 Weil das Erwirken eines rechtskräftigen Urteils nicht nur die Rechtsausübung betrifft, sondern der Verfügung über das zugrunde liegende Recht gleichkommt.
4 Grunsky, § 3 II 2 (Seite 16 f); Blomeyer, Lb., § 14 I 4 (Seite 67) sowie § 14 II 2 (Seite 69); siehe auch Thomas-Putzo, Einleitung I 1; vgl. ferner Schima, a.a.O., Seite 472.

Eine solchermaßen eingeschränkte Geltung der Verhandlungsmaxime erscheint auch im Hinblick darauf zulässig, daß der Gesetzgeber an keiner Stelle der Zivilprozeßordnung diesen Grundsatz umfassend und ausdrücklich geregelt hat. Gewiß ergibt die aus einer Gesamtschau der Prozeßordnung heraus vorgenommene Auslegung, daß der Gesetzgeber von einer grundsätzlichen Geltung der Verhandlungsmaxime ausgehen wollte, jedoch wird man ihm diesen Willen nur insoweit unterstellen dürfen, als dieses nicht im Widerspruch zu sonstigen gesetzgeberischen Entscheidungen - vor allem auch im materiellen Recht - steht. Daher lassen die Fälle, in denen im sechsten Buch der ZPO bei fehlender Dispositionsbefugnis der Parteien über das zugrunde liegende Rechtsverhältnis ausdrücklich die Geltung der Inquisitionsmaxime angeordnet ist, eher eine Analogie als einen Umkehrschluß zu.

Mit der Feststellung, daß bei fehlender materieller Verfügungsbefugnis der Untersuchungsgrundsatz gilt, wäre freilich noch nicht viel gewonnen. Dieser läßt dem Gericht einen weiten Spielraum. Im Einzelfall stellte sich die Frage, wie weit die gerichtlichen Untersuchungen auszudehnen wären. Letztlich bleibt es bei Anwendung der Inquisitionsmaxime jeweils der Erfahrung und dem Fingerspitzengefühl des Richters überlassen, diese Frage zu entscheiden, wobei immer zu berücksichtigen ist, daß der mögliche Vorteil besserer Sachverhaltsaufklärung mit dem Nachteil höheren Kosten- und Zeitaufwandes verbunden ist und mit einer gewissen Schwerfälligkeit und Verlangsamung des Prozesses erkauft wird. Es erscheint aber möglich, aus gewissen Entscheidungen, die der Gesetzgeber getroffen hat, einige generelle Richtlinien für diese Frage abzuleiten.

a) Handeln des Vorstands für die AG

Bei den hier vorrangig interessierenden Fällen des AktG ist zu berücksichtigen, daß die Aktionäre den Personenkreis bilden, der in erster Linie geschützt werden soll. Diese stehen zu dem Geschehen in einer gewissen - mehr oder weniger engen - Beziehung und sollten deshalb im eigenen Interesse mitwirken, daß dem Gericht der richtige Tatsachenstoff unterbreitet wird.

Dem trägt das AktG dadurch Rechnung, daß es mit mancherlei Vorschriften die Aktionäre in dieser Richtung zu aktivieren sucht. So können die Aktionäre Sonderprüfer bestellen bzw. bestellen lassen (§§ 142, 315); sie können die Geltendmachung von Ersatzansprüchen erzwingen und dafür besondere Vertreter bestellen oder bestellen lassen (§ 147); bisweilen sind sie befugt, selbst den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend zu machen (§ 309 Abs. 4).

Das mag es rechtfertigen, das Gericht als weitgehend von seiner Untersuchungspflicht entlastet anzusehen. Die Einschaltung dritter Personen (wie z.B. die Bestellung besonderer Vertreter) zur Vermeidung von Sachverhaltsverfälschungen muß dort, wo sie vorgesehen ist, die Priorität haben vor selbständigen Untersuchungen des Gerichts. Überhaupt ist darin der angemessene Weg zu erblicken, um Sachverhaltsmanipulationen vorzubeugen.[1] Können doch so die Aktionäre selbst entscheiden, wann dieses Mittel erforderlich ist; schließlich kann es nicht als die Regel angesehen werden, daß der Vorstand

---

1 Deshalb sollte de lege ferenda den Aktionären in allen in Betracht kommenden Fällen - z.B. auch im Fall einer gegen die Gesellschaft erhobenen negativen Feststellungsklage - die Möglichkeit zur Bestellung besonderer Vertreter eingeräumt werden.

mit dem Schuldner unter einer Decke steckt. Wenn also die Betroffenen selbst derartige Maßnahmen nicht für nötig gehalten haben, sollte auch das Gericht sich nicht auf Grund der Inquisitionsmaxime veranlaßt sehen, aufwendige und weitreichende Untersuchungen vorzunehmen. Lediglich bei fundamentalen und leicht nachprüfbaren Tatsachen - beispielsweise: ob die schädigende Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht hat[1] oder ob der Ersatzverpflichtete, wie er behauptet, schon bezahlt hat - sollte das Gericht, insoweit dem Untersuchungsgrundsatz folgend, sich unter Nichtanwendung der §§ 288, 138 Abs. 3 ZPO vergewissern, indem es sich die Niederschrift des Hauptversammlungsbeschlusses oder die Zahlungsbelege des Schuldners vorlegen läßt.

Das gleiche gilt für behauptete Wirksamkeitsvoraussetzungen von Rechtsgeschäften wie Vergleich, Anerkenntnis und Verzicht, die im Prozeß vorgenommen werden sollen: Auch hier müßte das Gericht auf jeden Fall - also auch bei insoweit übereinstimmendem Vortrag beider Seiten - nachprüfen, ob die Dreijahresfrist verstrichen und die Zustimmung ohne Widerspruch der Minderheit erteilt ist.[2] In dem Fall schließlich, da die Gesellschaft eine

---

1 Dann entsteht in einigen Fällen keine Ersatzpflicht; vgl. § 93 Abs. 4.

2 Insoweit ergibt sich eine interessante Parallele zu dem Fall, daß dem Gericht vorgetragen wird, ein Verzicht der Gesellschaft sei schon außerprozessual vorgenommen worden und die Parteien seien sich darüber einig, daß dieser wirksam sei. Geht man davon aus, daß bei präjudiziellen Rechtsverhältnissen das Gericht nur im Bereich des disponiblen Rechts an übereinstimmende Parteiauffassungen gebunden werden kann (vgl. dazu Schlosser, insbes. S. 34, 96), so muß das Gericht prüfen, ob die zwingenden Wirksamkeitsvoraussetzungen des AktG erfüllt waren. Dann aber muß diese Prüfung auch in dem Fall durchgeführt werden, da Vornahme des Geschäfts und Erklärung an das Gericht zeitlich zusammenfallen.

Verpflichtung der im § 66 genannten Art einklagt, kommt ohnehin nur eine Untersuchung von leicht nachprüfbaren Fragen in Betracht; praktisch kann es hier nur darum gehen, ob schon gezahlt ist oder ob die in § 65 genannten Fristen eingehalten worden sind. Das ist selbst dann nachzuprüfen, wenn insoweit ein dem Schuldner günstiges Geständnis der AG vorliegt.

Eine über den hier skizzierten Rahmen[1] hinausgehende Untersuchungspflicht des Gerichts anzunehmen, empfiehlt sich nicht. Die Initiative des Gerichts wäre überfordert, sollte es in die internen, häufig für einen Außenstehenden kaum zu durchschauenden Vorgänge innerhalb einer großen Gesellschaft eindringen.

Möglicherweise noch verbleibende geringe Chancen des Vorstands, doch zu einem unrichtigen und für das Gesellschaftsvermögen schädlichen Urteils zu gelangen, erscheinen schließlich deshalb hinnehmbar, weil ein solches Urteil nicht mit einer unauflöslichen Rechtskraftwirkung versehen wäre; in aller Regel läge ein Restitutionsgrund gemäß § 580 Nr. 4 ZPO vor.

b) Handeln des Vormunds für das Mündel

Im Verhältnis des Vormunds zum Mündel ist die Verfügungsgewalt des ersteren in zahlreichen Angelegenheiten eingeschränkt. Dennoch sollte in einem derartigen Rechtsstreit nicht uneingeschränkt die Inquisitionsmaxime zur Anwendung kommen. Nach dem Gesetz ist das Vormundschaftsgericht zur Überwachung des Vormunds be-

---

1 Der praktisch auf eine bloße Außerkraftsetzung der §§ 288, 138 Abs. 3 ZPO hinausläuft, aber nicht dazu führt, daß das Gericht von sich aus nach Tatsachen zu forschen hat, die überhaupt nicht vorgetragen sind.

rufen. Eine weitere Kontrollfunktion füllt der Gegenvormund aus. Besonders letztere Möglichkeit sollte im Prozeß genutzt werden, um zu verhindern, daß der Vormund durch falschen oder unvollständigen Sachverhaltsvortrag Urteilswirkungen herbeiführt, die rechtsgeschäftlich zu erreichen er nicht in der Lage wäre.

Geht es also in einem Prozeß um Angelegenheiten, die der beschränkten Verfügungsmacht des Vormunds unterliegen, so sollte ein Gegenvormund bestellt[1] und in geeigneter Weise am Verfahren beteiligt werden.[2] Falls mehrere Vormünder bestellt sind, die die Vormundschaft gemeinschaftlich führen, ist die gegenseitige Überwachung bei der Prozeßführung ohnehin gewährleistet.[3]

Auch bei der Prozeßführung durch den Vormund sollte - ebenso wie bei der durch den Vorstand einer AG - der Kontrolle durch legitimierte Dritte weitgehend der Vorzug gegeben werden gegenüber einer gerichtlichen Untersuchung. Der Richter wird dadurch von seiner Untersuchungspflicht entlastet und eine Belastung des Verfahrens durch zeitraubende gerichtliche Untersuchungen wird bis zu einem gewissen Grade vermieden. Auch hier kann sich dann der Richter auf die Nachprüfung entscheidender und leicht nachweisbarer Tatsachen - ähnlich wie oben unter III 1 a) skizziert - beschränken.

---

1 Falls er nicht schon bestellt ist; vgl. § 1792 BGB.
2 Beispielsweise durch Mitteilung sämtlicher Schriftsätze und Beschlüsse des Gerichts sowie durch Ladung zu allen gerichtlichen Terminen.
3 Von der in § 171 Abs. 3 ZPO vorgesehenen Möglichkeit (Zustellung an einen von mehreren gesetzlichen Vertretern ausreichend) sollte besser nicht Gebrauch gemacht werden.

Im übrigen besteht auch hier, wenn ein Vormund den Sachvortrag bewußt manipuliert und das Vormundschaftsgericht dieses erst nach Rechtskraft des Urteils feststellt, die Möglichkeit der Restitutionsklage gemäß § 580 Nr. 4 ZPO.

c) Handeln der Parteien in eigenen Angelegenheiten

Liegt kein Handeln in Vertretung für eine andere oder als Organ einer anderen Person vor, sondern fehlt den Parteien in einer eigenen Angelegenheit die materielle Dispositionsbefugnis - als Beispiel hierfür seien die §§ 134, 138 BGB genannt -, so ergibt sich bei näherer Betrachtung, daß die Erkenntnis der Nichtanwendbarkeit der Verhandlungsmaxime bei fehlender Dispositionsbefugnis im wesentlichen nur bei einer bestimmten Fallkonstellation praktische Konsequenzen zeitigt. Um bei dem genannten Beispiel zu bleiben: Ergibt sich aus dem vom Kläger unterbreiteten Tatsachenstoff, daß Sittenwidrigkeit oder ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz vorliegt, so ist die Klage ohne weiteres abzuweisen; ergibt sich derartiges nicht, weil die Parteien wohlweislich übereinstimmend einen anderen Sachverhalt vortragen, der die Sittenwidrigkeit nicht erkennen läßt, so kann das Gericht grundsätzlich nicht selbständige Nachforschungen darüber anstellen, ob vielleicht doch ein Unwirksamkeitsgrund vorliegt, denn anderenfalls wäre die Verhandlungsmaxime ganz allgemein durch die Inquisitionsmaxime ersetzt, was keinesfalls mit dem geltenden Zivilprozeßrecht in Einklang zu bringen wäre.

Hier soll allerdings darauf hingewiesen werden, daß sich Zweifelsfragen hinsichtlich grundlegender aber leicht nachweisbarer Tatsachen ergeben können. In die-

sem Zusammenhang kann auf den unter C II 2 d) aa) ß) angeführten Beispielsfall 4 zurückgegriffen werden, daß der Verkauf einer bestimmten Ware gesetzlich untersagt und nur noch die Abwicklung von Verträgen erlaubt wird, die vor einem bestimmten Stichtag geschlossen worden sind. Dann ist also bei einer auf Lieferung gerichteten Klage das Datum des Vertragsschlusses von entscheidender Bedeutung für den Ausgang des Verfahrens. Soll das Gericht von sich aus nachprüfen, ob der Vertrag nach dem Stichtag geschlossen worden ist, wenn die Parteien übereinstimmend ein früheres Datum für den Vertragsschluß angeben?

Man könnte darauf verweisen, daß ein unterschiedlicher Streitgegenstand vorliegt, je nachdem die Lieferung der Ware aus einem am 29. Juni oder einem am 2. Juli abgeschlossenen Vertrag eingeklagt wird. Da die Parteien den Streitgegenstand bestimmen und die Rechtskraft eines Urteils, welches auf Grund des früheren Vertrags zur Leistung verurteilt hat, dem Kläger nicht gestattet, die Leistung auf Grund eines zu einem späteren Zeitpunkt geschlossenen Vertrags zu verlangen, könnte dieses gegen eine gerichtliche Untersuchung sprechen.

Sieht man es dagegen so, daß die materielle Verfügungsbefugnis der Parteien beim Handel mit der betroffenen Ware generell beschränkt ist(und diese Sicht der Dinge dürfte richtig sein), so muß der Richter auch von Amts wegen untersuchen, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Parteien sich noch wirksam verpflichten konnten[1]. Das Gericht dehnt dann in Wirklich-

---

1 Wird allerdings auf Zahlung aus einem derartigen Vertrag geklagt, dürfte eine solche Prüfung gegen den übereinstimmenden Parteivortrag nicht angebracht

keit seine Untersuchung nicht auf bisher noch gar nicht vorgetragene Tatsachen aus (Vertragsschluß nach dem Stichtag), sondern es überprüft nur unter Nichtanwendung der §§ 288, 138 Abs. 3 ZPO die Angaben der Parteien[1] (Vertragsschluß vor dem Stichtag); ist der Vertragsschluß unter dem früheren Datum bewiesen, scheidet jedes spätere Datum automatisch aus.

Der eigentliche Fall aber, bei dem sich die Bindung der Verhandlungsmaxime an das Bestehen der materiellrechtlichen Verfügungsfreiheit generell auswirken müßte, ist der, daß der Beklagte im Widerspruch zum Kläger eine Tatsache vorträgt, die Sittenwidrigkeit oder einen Gesetzesverstoß darlegt, die er aber nicht zu beweisen vermag. Nach der These von der Geltung der Inquisitionsmaxime müßten nun gerichtliche Nachforschungen zur Aufklärung des Sachverhalts einsetzen. Damit wäre die Beweislast - zunächst einmal - aufgehoben. Da in den meisten Fällen wohl auch eine gerichtliche Sachverhaltsforschung nicht weiterführen wird, muß letztlich aber doch auf die Regeln über die Beweislastverteilung zurückgegriffen werden.

Kann eine die Sittenwidrigkeit begründende Tatsache nicht bewiesen werden, so muß der Klage stattgegeben werden, selbst auf die Gefahr hin, daß dem Kläger damit eine Leistung aus einem in Wahrheit unwirksamen Rechtsverhältnis zugesprochen wird[2]; besteht doch umge-

---

Fortsetzung Fußnote 1, Seite 234

sein, weil hier - selbst wenn die vertragliche Verpflichtung unwirksam wäre - ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung begründet sein könnte. Erscheint dieser Anspruch jedoch wegen § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen, sollte die gerichtliche Nachprüfung durchgeführt werden.

1 Eine gerichtliche Untersuchung in diesem Rahmen ist schon unter III 1 a) befürwortet worden.

2 Oder daß dem Kläger - im Fall der Feststellungsklage - ein in Wahrheit unwirksames Rechtsverhältnis als wirksam bescheinigt wird.

kehrt die Gefahr, daß sich der Beklagte wahrheitswidrig auf eine solche Tatsache beruft, um sich seiner tatsächlich bestehenden Leistungspflicht zu entziehen.

2. Ausbleiben im Termin oder verspätetes Vorbringen

Die Regelungen über die Zurückweisung verspäteten Vorbringens und über das Versäumnisurteil beruhen auf dem Rechtsgedanken der Verwirkung[1] in Kombination mit der Verhandlungsmaxime. Beide Grundsätze wirken hier insofern zusammen, als nur auf dem Boden der Verhandlungsmaxime eine Verwirkung denkbar ist. Gälte die Inquisitionsmaxime, so daß das Gericht für die Herbeischaffung des Tatsachenstoffs verantwortlich wäre, so könnten die Parteien in dieser Hinsicht nichts verwirken; das Gericht müßte aus seiner Verantwortung für die Ermittlung des wahren Sachverhalts jede erhebliche Tatsache - wäre sie auch noch so spät vorgetragen - berücksichtigen.

a) Handeln des Vorstands für die AG

Wenn der Vorstand versuchte, im Prozeß durch bewußte Verspätung die Zurückweisung seines Vorbringens zu erreichen, um damit ein dem Gegner günstiges Ergebnis zu erzielen, das der Vorstand wegen seiner Verfügungsbeschränkungen materiellrechtlich nicht herbeiführen könnte, so dürfte dem kein Erfolg beschieden sein. Erkennt das Gericht den arglistigen Beweggrund, so würde es schon deshalb nicht zurückweisen, weil §§ 279 Abs. 1, 529 Abs. 2 ZPO voraussetzen, daß die Verspätung aus Prozeßverschleppungsabsicht oder grober Nachlässigkeit erfolgt ist.

---

1 Vgl. unter C II 2 d) bb) β) und γ)

Darüber hinaus kommt es hier nicht darauf an, ob das Gericht die Absicht durchschaut, weil eine Zurückweisung ohnehin nicht in Betracht kommt. Das ergibt sich noch nicht aus der Geltung der Inquisitionsmaxime, denn diese gilt hier nur in dem Umfang, daß der Richter solche vorgetragenen Tatsachen nachzuprüfen hat, die dem Prozeßgegner der AG günstig sind[1]; nicht etwa hätte der Richter alle Tatsachen aufzuklären und müßte aus diesem Grunde auch noch einen verspäteten Vortrag aufgreifen. Wohl aber ergibt sich das aus dem Grundsatz der Verwirkung, auf dem die Zurückweisung beruht. Wenn die Dispositionsbefugnis fehlt, kann auch keine Verwirkung eintreten, die ja lediglich eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben ist.[2]

Die gleiche Überlegung führt auch zur Unzulässigkeit eines gegen die Gesellschaft ergehenden Versäumnisurteils. Während aber die Unzulässigkeit der Zurückweisung verspäteten Vorbringens keine weitreichenden Folgen hat - der Prozeß wird zwar verzögert, kommt aber früher oder später zu einem Abschluß - könnte die Unzulässigkeit eines Versäumnisurteils dazu benutzt werden, einen Prozeß überhaupt nicht enden zu lassen.

Es muß also ein Weg gefunden werden, der zum einen der Tatsache Rechnung trägt, daß die AG gewissen Verfügungsbeschränkungen unterworfen ist und deshalb ein Versäumnisurteil gegen sie[3] nicht ohne weiteres ergehen darf, der aber andererseits auch berücksich-

---

1 Vgl. unter III 1 a).
2 Vgl. dazu unter B II 1.
3 Versäumnisurteile gegen den Gegner sind unproblematisch und unbeschränkt zulässig.

tigt, daß es einer Partei nicht ermöglicht werden sollte, einen Prozeß auf unabsehbare Zeit hinauszuzögern.

Ist die AG Klägerin, können diese Zielsetzungen durch eine Regelung erreicht werden,[1] die die Säumnis des Klägers lediglich als Klagerücknahme behandelt. Wird gegen die Gesellschaft eine negative Feststellungsklage erhoben, so darf gegen die Beklagte kein Versäumnisurteil ergehen.[2] Das ergibt sich schon aus den Ausführungen oben unter III 1 a). Das Versäumnisurteil gegen den Beklagten beruht auf einer Geständnisfiktion;[3] es ist aber bereits gesagt worden, daß insoweit die §§ 288, 138 Abs. 3 ZPO nicht anwendbar sind. Infolgedessen muß das Gericht die vom Kläger vorgetragenen Tatsachen ohnehin nachprüfen. Es kann dann ein streitiges Urteil ergehen.

b) Handeln des Vormunds für das Mündel

Das Mündel kann in solchen Angelegenheiten, die der beschränkten Verfügungsgewalt des Vormunds unterliegen, entweder als Kläger oder als Beklagter am Prozeß beteiligt sein. In beiden Fällen gilt hinsichtlich der Zurückweisung verspäteten Vorbringens und hinsichtlich der Möglichkeit von Versäumnisurteilen grundsätzlich das gleiche, wie soeben unter 2 a) ausgeführt.

Es soll aber noch darauf hingewiesen werden, daß, wenn man der unter III 1 b) ausgesprochenen Empfehlung folgt und von der Möglichkeit der Bestellung mehrerer (gemeinschaftlicher) Vormünder oder eines

---

1 Wie sie der Gesetzgeber in anderen Fällen fehlender Verfügungsmacht der Parteien getroffen hat; vgl. z.B. §§ 635, 640 Abs. 1 ZPO.
2 Ebenso beispielsweise § 618 Abs. 4 ZPO.
3 Vgl. unter C II 2 d) bb) γ).

Gegenvormunds Gebrauch macht, Fälle bewußter Säumnis kaum auftreten werden.

c) Handeln der Parteien in eigenen Angelegenheiten

Verspätetes Vorbringen einer Partei, die sich auf einen Unwirksamkeitsgrund beruft, der nicht der Verfügung der Parteien unterliegt, darf nicht als verspätet zurückgewiesen werden (siehe hierzu unter 2 a).

Im Hinblick auf des Versäumnisurteil muß unterschieden werden. Steht dem klägerischen Begehren ein Unwirksamkeitsgrund entgegen, so ergeben sich solange keine Besonderheiten im Vergleich zu der Regelung der §§ 330, 331 ZPO, wie entweder der Kläger selbst die Tatsache vorträgt oder aber beide Parteien sie verschweigen.

Fraglich ist nur, ob gegen den Beklagten, der sich auf die Unwirksamkeit beruft, ein Versäumnisurteil ergehen kann. Diesem Fall steht der andere gleich, daß gegen den Kläger ein Versäumnisurteil ergehen soll, der mit einer negativen Feststellungsklage gerade den Unwirksamkeitsgrund geltend macht.

In beiden Fällen darf kein Versäumnisurteil ergehen, weil dem die fehlende Verfügungsmacht der Parteien entgegensteht. Daß der "Schuldner" aus einem unwirksamen Vertrag gleichwohl leisten kann, ist kein Gegenargument. Auch hier ist wieder zwischen Ausübungsfreiheit und Verfügungsfreiheit zu unterscheiden. Letztere fehlt[1]. Die Parteien

---

1 Daß nach erfolgter Leistung auf den evtl. bestehenden Rückforderungsanspruch verzichtet werden kann, steht dieser Feststellung nicht entgegen. Entscheidend ist, daß vor der Leistungsbewirkung eine wirksame Verpflichtung nicht stattfinden kann.

könnten deshalb nicht vereinbaren, daß aus ihrem sittenwidrigen Vertrag geschuldet werden solle, denn dieses würde bedeuten, daß der Vertrag trotz Sittenwidrigkeit wirksam wäre. Genau darauf liefe aber die Wirkung eines Versäumnisurteils, das rechtskräftig würde, in den beiden genannten Fällen hinaus.

Auch hier müßte daher ähnlich verfahren werden, wie es der Gesetzgeber in §§ 618 Abs. 4, 635 ZPO geregelt hat. Bei Säumnis des Beklagten greift die Untersuchungsmaxime ein; anschließend ergeht kontradiktorisches Urteil. Bei Säumnis des Klägers ist eine Klagerücknahme zu fingieren.

TEIL D: S C H L U S S

Als Resümee der vorliegenden Untersuchung lassen sich die folgenden Feststellungen zusammenfassen.

Entgegen der heute herrschenden Meinung haben nicht nur der Prozeßvergleich, sondern auch das Klaganerkenntnis und der Klageverzicht eine Doppelnatur; sie sind gleichzeitig sowohl Rechtsgeschäfte des materiellen Rechts als auch Prozeßhandlungen. Somit stellt sich die Frage nicht dahingehend, inwieweit materiellrechtliche Unwirksamkeitsgründe ausnahmsweise diese als Prozeßhandlungen verstandenen Parteihandlungen betreffen; vielmehr muß auf Grund der Doppelnatur festgestellt werden, daß Klaganerkenntnis und -verzicht überhaupt nur unter Beachtung der materiellen Verbote und Genehmigungserfordernisse wirksam vorgenommen werden können.

Während beim Prozeßvergleich die materiellrechtliche Seite auf Grund der von den Parteien vorgenommenen Neuordnung der materiellen Rechtslage fast einhellig anerkannt wird, ist diese Frage hinsichtlich des Klaganerkenntnisses und -verzichts umstritten. Es muß deshalb darauf hingewiesen werden, daß neben einer Reihe von Erwägungen - zu denen auch die gehört, daß sich Prozeßvergleich einerseits und Anerkenntnis und Verzicht andererseits nicht immer exakt gegeneinander abgrenzen lassen, so daß schon aus diesem Grunde eine Ungleichbehandlung dieser Parteihandlungen äußerst unbefriedigend wäre - zwei ganz entscheidende Punkte für die hier vertretene Auffassung sprechen.

Zum einen würde dem Richter, leugnete man die materielle Komponente von Klaganerkenntnis und -verzicht, die Aufgabe entzogen, die im Prozeß ganz unbestrittenerweise ihm und nur ihm zukommt: den vorgetragenen Sachverhalt zu würdigen und zu subsumieren und als Ergebnis

dieser Tätigkeit das Urteil zu erlassen. Nach der herrschenden Meinung müßte sich der Richter seine Entscheidung unabhängig von der von ihm festgestellten Sach- und Rechtslage von den Parteien vorschreiben lassen. Das erscheint nicht tragbar. Es ist kein Argument, daß die Parteien auch andere Vorschriften dafür benutzen können, um das von ihnen gewünschte Urteil zu erlangen. Diese Vorschriften verfolgen durchweg andere Zwecke als den, das Gericht bei Erlaß des Urteils dem Parteiwillen zu unterwerfen. Daß dennoch den Parteien teilweise die Möglichkeit gegeben ist, den Urteilsinhalt zu manipulieren, stellt eine unerwünschte Nebenwirkung dar, die nicht zum Prinzip erhoben werden darf.

Die zweite, noch schlimmere Konsequenz, zu der die herrschende Meinung bei Klaganerkenntnis und -verzicht führt, ist die, daß infolge der Degradierung des Richters zum Befehlsempfänger der Parteien Urteile erzwungen werden können, die in krassem Widerspruch zu den Vorschriften des materiellen Rechts stehen. Möglich wird das deshalb, weil einerseits z.B. ein außerprozessualer Verzicht und ein Klageverzicht nahezu auf das gleiche hinauslaufen (in beiden Fällen ist das Recht praktisch verlorengegangen), andererseits aber bei Verneinung der materiellrechtlichen Seite des Klageverzichts all die Vorschriften des materiellen Rechts nicht zur Anwendung kommen können, mit denen der Gesetzgeber einen Verzicht der betreffenden Art verhindern wollte. Die herrschende Meinung ermöglichte es also den Parteien, die Wirkung von Rechtsgeschäften, die der Gesetzgeber mißbilligt und die die Parteien deshalb nicht wirksam vornehmen können, letzten Endes doch herbeizuführen, und zwar gerade unter Zuhilfenahme der staatlichen Rechtspflegeorgane, nämlich der Gerichte.

Dem Gedanken der "Einheit der Rechtsordnung" wird daher nur die Theorie der Doppelnatur gerecht. Einzig und allein sie garantiert, daß nicht durch eine isoliert prozessuale Betrachtungsweise das materielle Recht umgangen wird[1]. Eine solche Ermöglichung der Umgehung materieller Rechtsnormen würde auch nicht dem Verhältnis des Prozeßrechts zur materiellen Rechtsordnung Rechnung tragen. Da das Urteil der Gerechtigkeit dienen soll, diese aber durch das materielle Recht verkörpert wird, kann auch das Prozeßrecht gegenüber dem materiellen Recht nur eine dienende Funktion haben.

Unter diesem Gesichtspunkt, nämlich der Ausrichtung des Prozeßrechts auf das jeweils geltende materielle Recht, wird die oft zitierte und etwas mißverständliche Aussage Friedrich Steins verständlich, der den Prozeß ansah als "das technische Recht in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar"[2]. Die Bedeutung dieses Satzes kann sich nur dann erschließen, wenn

---

1 Demgegenüber kann das Bedenken Degenkolbs (Anerkenntnisurteil, S. 53) nicht durchgreifen, daß bei einer materiellen Wirkung von Klaganerkenntnis und -verzicht man "das materiellrechtliche System durch einen völlig unmotivierten Dualismus spalten" würde. Degenkolb verkennt, daß das materiellrechtlich wirkende Klaganerkenntnis nicht ein zusätzliches Rechtsinstitut, sondern mit der einen Seite seines Wesens eben ein materielles Anerkenntnis nach § 781 BGB ist.
Die Tatsache, daß möglicherweise unterschiedliche Formvorschriften gelten, je nachdem das Anerkenntnis (bzw. der Verzicht) im Prozeß oder außerprozessual vorgenommen wird (darauf scheint Hellwig, Anspruch, S. 158, hinweisen zu wollen), erscheint nicht schwerwiegend und tritt im übrigen auch beim Prozeßvergleich auf. Dieser formale Unterschied bei der Art und Weise des Zustandekommens eines Rechtsgeschäfts wiegt weit weniger schwer als eine isoliert prozessuale Betrachtung von Anerkenntnis und Verzicht, die zu einer Umgehung des materiellen Rechts bei der Frage führt, ob ein bestimmtes Rechtsgeschäft überhaupt wirksam vorgenommen werden kann.

2 Friedrich Stein, Seite XIV.

er im Zusammenhang gelesen wird. Zuvor heißt es nämlich in dem gleichen Absatz: "So ist denn vor allem versucht, die Rechtssätze des Prozeßrechts als Teile eines großen Ganzen zu erfassen, die wie bei einer Maschine ineinandergreifen. ... Es wird erstrebt, die rechtspolitischen Gründe jedes einzelnen dieser für praktische Zwecke erdachten Rechtssätze klarzustellen, die den ethischen und sozialen Zwecken der Gerechtigkeit dienen und nicht etwa bloße Formen um ihrer selbst willen sind." Auch Friedrich Stein sah also die Regeln des Prozeßrechts in dem größeren Zusammenhang der Gerechtigkeit, auf die die materiellrechtlichen Normen hinzielen und die durch das Urteil verwirklicht werden soll.

Es erscheint in der Tat als verfehlt, das Prozeßrecht isoliert vom materiellen Recht zu betrachten und die Institutionen des Prozeßrechts so weit zu verselbständigen, daß man zu Ergebnissen gelangt, die das materielle Recht verhindern will.

LITERATURVERZEICHNIS

ADLER-DÜRING-SCHMALTZ	Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 4. Auflage, Stuttgart Band 1: Rechnungslegung, 1968 Band 2: Prüfung, Feststellung, Rechtsbehelfe, 1971
ARENS, Peter	Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozeß, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968
ARNDT, Herbert	Der Prozeßvergleich, Deutsche Richterzeitung 1965, S. 188-191
BAUMBACH-HUECK	Kommentar zum Aktiengesetz, 13. Auflage, München 1968 (zit.: Baumbach-Hueck)
dieselben	Kommentar zum GmbHG, 13. Auflage, München 197o (zit.: Baumbach-Hueck, GmbHG)
BAUMBACH-LAUTERBACH	Kommentar zur ZPO, 31. Auflage, München 1973 (zit.: B-L)
BAUMGÄRTEL, Gottfried	Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, Berlin und Frankfurt a.M. 1957
BAUR, Fritz	Lehrbuch des Sachenrechts, 7. Auflage, München 1973 (zit.: Baur, Sachenrecht)
derselbe	Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Zivilprozeß, Festschrift für Eduard Böttticher, S. 1-11, Berlin 1969 (zit.: Baur, Vereinbarungen)
derselbe	Weitere Anregungen zur Beschleunigung der Zivilrechtspflege, JZ 1969, S. 482-485

BECKER, Conrad	Die inhaltlichen Voraussetzungen des Prozeßvergleichs, Dissertation Göttingen 1934
BEHREND, J.Fr.	Lehrbuch des Handelsrechts, I. Band, Abteilung 1, Berlin und Leipzig 1886
BERNHARDT, Wolfgang	Das Zivilprozeßrecht, 3. Auflage, Berlin 1968 (zit.: Bernhardt, Lb.)
derselbe	Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, Festgabe für Rosenberg, S. 9-5o, München und Berlin 1949 (zit.: Bernhardt, Sachverhalt)
derselbe	Die Aufhebung des Prozeßvergleichs, JR 1967, S. 4-5
BINTER, Richard	Die Anfechtung von Klagerücknahme, Anerkenntnis und Vergleich, Zentralblatt für Sozialversicherung und Versorgung 1958, S. 231-232
BLOMEYER, Arwed	Zivilprozeßrecht, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963 (zit.: Blomeyer, Lb.)
derselbe	Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand, Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag, S. 51-77, Berlin und Frankfurt a.M. 1955 (zit.: Blomeyer, Beiträge)
BOEHMER, Gustav	Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, I. Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen 195o
BONIN, Paul	Der Prozeßvergleich unter besonderer Berücksichtigung seiner personellen Erstreckung, Stuttgart 1957
de BOOR, Hans Otto	Rechtsstreit, Berlin 194o

BÖTTICHER, Eduard	Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band I, S. 511-544, Karlsruhe 1960 (zit.: Bötticher, Bindung)
derselbe	Urteilsanmerkung zu BGHZ 49, 213 in JZ 1968, S. 798-799
derselbe	Urteilsanmerkung zu BGHZ 10, 333 in JZ 1954, S. 243-244
derselbe	Urteilsanmerkung zu AP 50 Nr. 48 und 49 in AP 1950, S. 171-176
BRAUER, Helmuth	Mehrheit materiellrechtlicher Ansprüche des Leistungsklägers, NJW 1956, S. 1189-1190
derselbe	Zur Lehre vom gleichwertigen Parteivorbringen, JZ 1956, S. 710-713
BRODMANN, Erich	Gewerbe- und Industrie-Kommentar, Band IV: Aktienrecht, Berlin und Leipzig 1928
BRUNS, Rudolf	Zivilprozeßrecht, Berlin und Frankfurt a.M. 1968
BÜLOW, Oskar	Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Civilprozeßrechts, ZZP 27, S. 201-260
COHN, Ernst J.	Zur Ideologie des Zivilprozeßrechts, Erinnerungsgabe für Max Grünhut, S. 31-45, Marburg 1965
CREIFELDS, Carl	Rechtswörterbuch, 2. Auflage, München 1970
DEGENKOLB, Heinrich	Einlassungszwang und Urteilsnorm, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1877, Aalen 1969 (zit.: Degenkolb, Einlassungszwang)

DEGENKOLB, Heinrich	Das Anerkenntnisurteil, Leipzig 1902 (zit.: Degenkolb, Anerkenntnisurteil)
DIEDERICHSEN, Uwe	Die "reductio ad absurdum" in der Jurisprudenz, Festschrift für Larenz, S. 155-179, München 1973
DUBISCHAR, Roland	Grundsätze der Beweislastverteilung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JuS 1971, S. 385-394
DÜRINGER-HACHENBURG	Kommentar zum HGB, 3. Auflage, III. Band, 1. Teil, Mannheim, Berlin, Leipzig 1934
ECCIUS	Besprechung von Wachs "Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts", Gruchot 30, S. 457-467
ECKARDT, Ulrich	Die Ausübung des Stimmrechts durch einen anderen, insbesondere durch ein Kreditinstitut, Der Betrieb 1967, S. 191-196
ENGISCH, Karl	Form und Stoff in der Jurisprudenz, Festschrift für Fritz v. Hippel, S. 63-94, Tübingen 1967
ENNECCERUS, Ludwig	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, I. Band, 2. Halbband (bearbeitet von Nipperdey), Tübingen 1960 II. Band (bearbeitet von Heinrich Lehmann), Tübingen 1958
ERMAN, Walter	Kommentar zum BGB, 5. Auflage I. und II. Band, Münster 1972
ESSER, Josef	Schuldrecht, II. Band, 4. Auflage, Karlsruhe 1971 (zit.: Esser)
derselbe	Heinrich Lehmann und die Lehre vom Prozeßvergleich, Festschrift für Heinrich Lehmann, II. Band, S. 713-737, Berlin, Tübingen, Frankfurt a.M. 1956 (zit.: Esser, Prozeßvergleich)

FLUME, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Band: Das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg, New York 1965 (zit.: Flume, Rechtsgeschäft)
derselbe	Grundfragen der Aktienrechtsreform, Düsseldorf 1960 (zit.: Flume, Grundfragen)
GAUL, Hans Friedhelm	Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168, S. 27-62
GEIB, Otto	Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, 18. Band, 1. Heft, München 1909
GESSLER, Ernst	Aktuelle gesellschaftsrechtliche Probleme, Der Betrieb 1966, S. 215-221
GESSLER, Jörg	Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, Frankfurt 1970
GODIN-WILHELMI	Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage, I. und II. Band, Berlin und New York 1971
GOLDSCHMIDT, James	Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Berlin 1932 (zit.: Goldschmidt, Lb.)
derselbe	Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925 (zit.: Goldschmidt, Rechtslage)
GOLDSCHMIT, Friedrich	Kommentar zum HGB, München 1929
GOLLING, Hans-Joachim	Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für ihre Geschäftsführung innerhalb der nicht konzerngebundenen Aktiengesellschaft, Dissertation Köln 1968
GROSSFELD, Bernhard	Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968

Großkommentar	zum Aktiengesetz, früher bearbeitet von Gadow, Heinichen, 3. Auflage, Berlin 1970 ff., 2. Auflage, I. Band, Berlin 1961
GRUNSKY, Wolfgang	Grundlagen des Verfahrensrechts, Bielefeld 1970
derselbe	Besprechung von Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Auflage, FamRZ 1967, S. 120-122
GÜTHE-TRIEBEL	Kommentar zur Grundbuchordnung, 6. Auflage, I. Band, Berlin 1936
HABSCHEID, Walther	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, Bielefeld 1956 (zit.: Habscheid, Streitgegenstand)
derselbe	Die Rechtsnatur der Erledigung der Hauptsache, Festschrift für Friedrich Lent, S. 153-177, München und Berlin 1957 (zit.: Habscheid, Erledigung)
HÄSEMEYER, Ludwig	Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse - zur Fragwürdigkeit der Parteidisposition als Urteilsgrundlage, ZZP 85, S. 207-228
Handbuch	der Aktiengesellschaft, Band 1 (Möhring-Tank-Grass-Reuss), Band 2 (Sieber-Hagenmüller-Kolbeck-Scherpf), Köln 1967 (zit.: Handbuch)
HECK, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929 (zit.: Heck, Schuldrecht)
derselbe	Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930 (zit.: Heck, Sachenrecht)
HEDEMANN, Justus Wilhelm	Sachenrecht, 3. Auflage, Berlin 1960
HEGLER, August	Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht, Tübingen und Leipzig 1903
HEINSHEIMER	Urteilsanmerkung zu RG JW 1926, 2740 in JW 1926, S. 2740

HELLWIG, Konrad	Lehrbuch des Deutschen Civilprozeß-rechts, 1. Band, Leipzig 19o3 (zit.: Hellwig, Lb.)
derselbe	System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Erster Teil, Leipzig 1912 (zit.: Hellwig, System)
derselbe	Anspruch und Klagrecht, Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, 5. Band, 1. Heft, Jena 19oo (zit.: Hellwig, Anspruch)
HENCKEL, Wolfram	Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961 (zit.: Henckel, Parteilehre)
derselbe	Vom Gerechtigkeitswert verfahrensrecht-licher Normen, Göttingen 1966 (zit.: Henckel, Gerechtigkeit)
derselbe	Prozeßrecht und materielles Recht (Göt-tinger rechtswissenschaftliche Studien, Band 78), Göttingen 197o (zit.: Henckel, Prozeßrecht)
v. HIPPEL, Fritz	Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozeß, Frankfurt a.M. 1939
HUECK, Alfred	Gesellschaftsrecht, 16. Auflage, München 1972
v. IHERING, Rudolf	Der Kampf ums Recht, Wien 1872
JANBERG, Hans / SCHLAUS, Wilhelm	Abstimmungsverträge nach neuem Aktien-recht unter Berücksichtigung des Rechts der verbundenen Unternehmen, Die AG 1967, S. 33-39
JAUERNIG, Othmar	Materielles Recht und Prozeßrecht, JuS 1971, S. 329-334
KNÖPFEL, Gottfried	Der Antrag auf Erlaß des Anerkenntnis-urteils, ZZP 68, S. 45o-459

KOHLER, J.	Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung, ZZP 29, S. 1-49
Kölner Kommentar	zum Aktiengesetz, I. Band, Köln, Berlin, Bonn, München 197o II. und III. Band, Köln, Berlin, Bonn, München 1971
KUTTNER, Georg	Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, 16. Band, 2. Heft, München 19o8
LARENZ, Karl	Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, München 1972 (zit.: Larenz, AT)
derselbe	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1969 (zit.: Larenz, Methodenlehre)
LEHMANN, Heinrich	Der Prozeßvergleich, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, 22. Band, 1. Heft, München 1911 (zit.: Lehmann, Prozeßvergleich)
derselbe	Die Rechtsnatur des Klageanerkenntnisses, Festgabe für Paul Krüger, S. 215-24o, Berlin 1911 (zit.: Lehmann, Klaganerkenntnis)
LEHMANN-DIETZ	Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 197o
LENT, Friedrich	Der Klagverzicht, DRZ 1948, S. 9-12 (zit.: Lent, Klageverzicht)
derselbe	Die rein prozessuale Bedeutung des Anerkenntnisses, Festgabe für Rosenberg, S. 123-143, München und Berlin 1949 (zit.: Lent, Anerkenntnis)
derselbe	Die Verteilung der Verantwortlichkeit unter Gericht und Parteien im Zivilprozeß, ZZP 63, S. 3-55

LENT-JAUERNIG	Zivilprozeßrecht, 13. Auflage, München und Berlin 1966 (zit.: Lent-Jauernig, 13. Aufl.), 16. Auflage, München 1972 (zit.: Lent-Jauernig)
LÜKE, Gerhard	Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, S. 41-48
derselbe	Die Beseitigung des Prozeßvergleichs durch Parteivereinbarung, JuS 1965, S. 482-486
LUTTER, Marcus	Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, Karlsruhe 1964 (zit.: Lutter, Kapital)
MACHLEID, Wilhelm	Der Verzicht auf das subjektive Ehescheidungsrecht, AcP 151, S. 2o8-235
MANIGK, Alfred	Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, Berlin 1935
Materialien	Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, hrsg. von Hahn-Stegemann, I. Abteilung, 2. Band: Die gesamten Materialien zur Civilprozeßordnung, 2. Auflage, Berlin 1881 (zit.: Materialien)
MEIKEL-IMHOF-RIEDEL	Kommentar zur Grundbuchordnung, II. Band, 6. Auflage, Berlin 1968
MERTENS, Hans-Joachim	Die Haftung wegen Mißbrauchs der Leitungsmacht nach § 3o9 AktG aus schadensersatzrechtlicher Sicht, AcP 168, S. 225-234
MÜNZBERG, Wolfgang	Unzulässigkeit wegen Begründetheit? JuS 1971, S. 344-346
NEUNER, Robert	Privatrecht und Prozeßrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1925

NIESE, Werner	Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950
NIKISCH, Arthur	Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Tübingen 1952
derselbe	Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, AcP 154, S. 269-299
OBERMÜLLER, Walter	Aktiengesetz 1965, Band I: Erläuterung, Stuttgart 1965
PALANDT, Otto	Kommentar zum BGB, 32. Auflage, München 1973
PETERS-SAUTTER-WOLFF	Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, Band I, 4. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1972
PETZEL, Albrecht	Ansprüche der Minderheitsaktionäre bei Unternehmensverbindung und Umwandlung, Dissertation Göttingen 1967
POHLE, Rudolf	Der materiellrechtliche und der prozessuale Verzicht auf den Grundbuchberichtigungsanspruch, JZ 1956, S. 53-56
derselbe	Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, Festschrift für Friedrich Lent, S. 195-235, München und Berlin 1957 (zit.: Pohle, Rechtsschutzbedürfnis)
derselbe	Anmerkung zu AP 1954 Nr. 163, AP 1954, S. 555-557
derselbe	Das neue einheitliche Zivilprozeßrecht, MDR 1950, S. 642-646
RASCH, Harold	Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform, Karlsruhe 1960
REICHEL, Hans	Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, AcP 104, S. 1-150

Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB, 11. Auflage, Berlin
I. Band, 1. Teil, 1959
I. Band, 2. Teil, 196o
II. Band, 2. Teil, 196o
(zit.: BGB-RGRK)

RIMMELSPACHER, Bruno — Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozeß, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Band 79, Göttingen 197o (zit.: Rimmelspacher, Anspruch)

derselbe — Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, Band 59, Göttingen 1966 (zit.: Rimmelspacher, Prüfung)

RITTER, Karl — Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, Berlin und München 1939 (zit.: Ritter)

derselbe — Kommentar zum HGB, Berlin 191o (zit.: Ritter, HGB)

ROSENBERG, Leo — Anmerkung zu KG JZ 1951, 453, JZ 1951, S. 454

derselbe — Anmerkung zu BAG 6, 251, JZ 1959, S.23-24

derselbe — Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse, ZZP 49, S. 38-73

derselbe — Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Auflage, München und Berlin 1961 (zit.: Rosenberg, Lb.)

ROSENBERG-SCHWAB — Zivilprozeßrecht, 1o. Auflage, München 1969

RUMPFF, Klaus — Zur Schutzrichtung aktienrechtlicher Vorschriften und ihre Bedeutung für die Verantwortlichkeit des Vorstandes einer Aktiengesellschaft nach dem Aktiengesetz von 1965, Dissertation Münster 1969

RUPP, Hans Heinrich	Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AöR 85, S. 149-199
SÄCKER, Franz-Jürgen	Wiedereinsetzung gegen die Versäumung des gerichtlich zu erklärenden Widerrufs beim Prozeßvergleich? NJW 1967, S. 1117-1118
SAUER, Wilhelm	Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Auflage, Stuttgart 1929
SCHIEDERMAIR, Gerhard	Vereinbarungen im Zivilprozeß, Bonn 1935
SCHIMA, Hans	Verfahrensgegenstand und Verfahrensgestaltung, Festschrift für Fritz v. Hippel, S. 463-478, Tübingen 1967
SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKI	Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, Berlin 1937
SCHLOSSER, Peter	Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß, Tübingen 1968
SCHMIDT, Dirk	Die Ausübung des sog. Depotstimmrechts durch Kreditinstitute, BB 1967, S. 818-823
SCHÖNKE, Adolf	Das Rechtsschutzbedürfnis, Detmold, Frankfurt a.M., Berlin 1950
SCHÖNKE-KUCHINKE	Zivilprozeßrecht, 9. Auflage, Karlsruhe 1969
SCHÖNKE-SCHRÖDER-NIESE	Zivilprozeßrecht, 8. Auflage, Karlsruhe 1956 (zit.: Sch-Schr-N)
SCHWAB, Karl Heinz	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München und Berlin 1954
SEIFERT, Peter	Verzicht auf die Weitergabe der Mitteilungen nach § 128 AktG, Die AG 1968, S. 371-375
SOERGEL-SIEBERT	Kommentar zum BGB, 10. Auflage, I. Band, Stuttgart 1967 III. Band, Stuttgart 1969 V. Band, Stuttgart 1971

STAUB, Hermann	Kommentar zum HGB, II. Band, 12. und 13. Auflage, Berlin und Leipzig 1926
v. STAUDINGER, Julius	Kommentar zum BGB, I. Band, 11. Auflage, Berlin 1957 II. Band, Teil 4, 11. Auflage, Berlin 1958 ff. IV. Band, Teil 3 b, 1o./11. Auflage, Berlin 1969
STEIF, Leon	Die Ausschaltungsbefugnis, Ein Beitrag zur Lehre von der Dispositionsfreiheit der Parteien im Zivilprozeß, Dissertation Frankfurt a.M. 1969
STEIN, Friedrich	Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Auflage, Tübingen 1928
STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE	Kommentar zur ZPO, 18. Auflage, I. Band, Tübingen 1953, II.Band, Tübingen 1956 (zit.: St-J-Sch-P)
STEIN-JONAS	Kommentar zur ZPO, 19. Auflage, Tübingen 1964 ff. (zit.: Stein-Jonas-... Bearbeiter)
SÜSS, Theodor	Die Wirkungsgrenzen des Anerkenntnisses im deutschen Reichszivilprozeßrecht, Berlin 1921
SYDOW-BUSCH	Kommentar zur ZPO und zum GVG, 22. Auflage, Berlin 1941
TEICHMANN-KOEHLER	Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage, Heidelberg 195o
THOMAS-PUTZO	Kommentar zur ZPO, 6. Auflage, München 1972
v. TUHR, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 191o
WACH, Adolf	Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, I. Band, Leipzig 1885 (zit.: Wach, Hdb.)

WACH, Adolf	Das Geständniß, AcP 64, S. 2o1-255
derselbe	Vorträge über die Reichs-Civilprozeß-ordnung, Bonn 1879 (zit.: Wach, Vorträge)
WIECZOREK, Bernhard	Kommentar zur ZPO, II. Band, 1. Teil, Berlin 1957 III.Band, Berlin 1957 IV. Band, 1. Teil, Berlin 1958
derselbe	Handkommentar zur ZPO und zum GVG, Berlin 196o (zit.: Wieczorek, Handkommentar)
WILHELMI, Hans	Das neue Aktiengesetz, Die AG 1965, S. 217-22o
WOLF, Manfred	Das Anerkenntnis im Prozeßrecht, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1969
WÜRDINGER, Hans	Aktien- und Konzernrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1966
ZEISS, Walter	Zivilprozeßrecht, Tübingen 1971
ZÖLLER, Richard	Kommentar zur ZPO, 1o. Auflage, München 1968

L E B E N S L A U F

Ich, Bernd Thomas, wurde als Sohn des Marineintendanturinspektors Friedrich Thomas und seiner Ehefrau Luise, geb. Röver, am 3o. August 1942 in Wilhelmshaven geboren.

Ich wuchs in Sarstedt (Kreis Hildesheim-Marienburg) auf und wurde dort im Jahre 1949 eingeschult. Ich besuchte vier Jahre die Volksschule und zwei Jahre die Mittelschule in Sarstedt. Ab Frühjahr 1955 war ich Schüler des Scharnhorst-Gymnasiums in Hildesheim, an dem ich im Frühjahr 1962 die Reifeprüfung ablegte.

Danach besuchte ich ein halbes Jahr lang die Höhere Handelsschule und war anschließend als kaufmännischer Angestellter im Geschäft meines Vaters tätig.

Im Herbst 1963 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Ich studierte in Berlin, Erlangen und Göttingen. Am 3o. August 1969 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Celle die erste juristische Staatsprüfung.

Im Anschluß daran war ich als Korrekturassistent an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität in Göttingen tätig. Am 1. Dezember 1969 trat ich als Referendar in den Vorbereitungsdienst ein, von dem ich eine Zeitlang zur Anfertigung der vorliegenden Dissertation beurlaubt war.